

CHAMBRE DES TUTELLES

Arrêt du 8 novembre 2011

Présidence de M. COLOMBINI, vice-président
Juges : M. Krieger et Mme Kühnlein
Greffier : Mme Robyr

Art. 420 al. 2 CC; 117, 118 al. 1 let. c CPC; 489 ss CPC-VD

La Chambre des tutelles du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **A.G.** _____, à Etoy, contre la décision rendue le 8 juillet 2011 par la Juge de paix du district de Morges dans la cause concernant l'enfant **B.G.** _____.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Le 11 avril 2011, les médecins des Hôpitaux Universitaires de Genève ont signalé au Tribunal tutélaire de Genève que B.G._____, né le 21 juillet 2010, avait été hospitalisé en urgence à l'Hôpital des enfants le 31 mars 2011 pour des lésions évoquant fortement une maltraitance.

La mère, A.G._____, ayant valablement constitué son domicile à Etoy depuis le 30 mars 2011, la Justice de paix du district de Morges a accepté le transfert en son for de l'enquête ouverte en faveur de B.G._____.

Le 2 mai 2011, le Service de protection des mineurs de Genève a informé le Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) que l'état physique de B.G._____ s'était stabilisé et ne justifiait plus son hospitalisation mais que l'équipe médicale restait toutefois inquiète pour l'enfant, d'autant que la fragilité psychologique et l'attitude de la maman ne lui permettaient alors pas de se montrer adéquate pour s'occuper de son fils. Le Service de protection des mineurs estimait dès lors nécessaire de trouver un lieu de vie pour l'enfant, le temps d'évaluer la situation familiale.

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 9 mai 2011, la Juge de paix du district de Morges a retiré à A.G._____ son droit de garde sur son fils B.G._____, confié ce droit au SPJ à charge pour lui de pourvoir au placement adéquat de l'enfant et donné mandat au SPJ de procéder à une enquête en limitation de l'autorité parentale et en retrait du droit de garde.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 juillet 2011, la justice de paix a confirmé dans son intégralité l'ordonnance de mesures préprovisionnelles rendue le 9 mai 2011 et ordonné la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique des capacités parentales.

Le 28 juin 2011, A.G._____ a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure en retrait du droit de garde la concernant et sollicité la désignation de Me Véronique Fontana en qualité de conseil d'office. Elle a indiqué qu'elle ne percevait aucun revenu et qu'elle vivait avec le père de l'enfant, F._____, lequel avait un revenu mensuel de 6'000 francs.

Par décision du 8 juillet 2011, la Juge de paix du district de Morges a refusé à A.G._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la cause en retrait du droit de garde sur son fils B.G._____. La première juge a considéré qu'il s'agissait d'une procédure simple, dans laquelle la maxime d'office s'appliquait et pour laquelle l'assistance d'un avocat ne se justifiait donc pas. Elle a en outre estimé que la cause paraissait en l'état dénuée de chance de succès.

B. Par acte d'emblée motivé du 21 juillet 2011, A.G._____ a recouru contre cette décision en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que le bénéfice de l'assistance judiciaire lui est octroyé avec effet rétroactif au jour de la requête et, subsidiairement, à l'annulation de la décision entreprise. La recourante a requis l'assistance judiciaire dans le cadre du recours.

En droit :

1. a) Le recours est dirigé contre une décision du juge de paix refusant d'octroyer l'assistance judiciaire à la mère de l'enfant dans le cadre d'une procédure en limitation de l'autorité parentale qui demeure régie par le CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966, RSV 270.11) jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 19 décembre 2008 révisant le Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), nonobstant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 le 1^{er} janvier 2011

(art. 174 al. 2 CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.01). Autrement dit, les art. 399 ss CPC-VD continuent à s'appliquer et le recours reste régi par les art. 489 ss CPC-VD (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, in JT 2010 III 11 ss, spéc. p. 17 in fine).

Le CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 n'est applicable, selon son art. 1 let. b, qu'aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse. Il n'est toutefois pas applicable à toutes les affaires de la juridiction gracieuse, mais uniquement à celles qui sont de la compétence d'un tribunal (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 1069 p. 198). Les mesures de protection de l'enfant et le droit de la tutelle, que les cantons demeurent libres de confier à des autorités administratives, ne sont pas des affaires judiciaires et le CPC ne leur est pas applicable (Hohl, op. cit., n. 1072 p. 198). Le présent recours n'est dès lors pas soumis à l'art. 319 CPC, mais au recours général de l'art. 420 al. 2 CC, ouvert auprès de l'autorité de surveillance à tout intéressé contre les décisions de l'autorité tutélaire (JT 2011 III 150). Le recours contre le refus d'assistance judiciaire est ainsi de la compétence de la Chambre des tutelles (art. 76 LOJV, Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01) et s'instruit conformément aux art. 489 ss CPC-VD, qui restent applicables conformément à l'art. 174 al. 2 CDPJ. Il s'exerce par acte écrit dans les dix jours dès la communication de la décision attaquée à l'office dont émane la décision ou au Tribunal cantonal (art. 492 al. 1 et 2 CPC-VD; art. 109 al. 3 LVCC, Loi d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse du 30 novembre 1910, RSV 211.01).

La Chambre des tutelles peut réformer la décision attaquée ou en prononcer la nullité (art. 498 al. 1 CPC-VD). Si la cause n'est pas suffisamment instruite, elle peut la renvoyer à l'autorité tutélaire ou procéder elle-même à l'instruction complémentaire (art. 498 al. 2 CPC-VD); le recours étant pleinement dévolutif, elle revoit librement la cause en fait et en droit (JT 2003 III 35; JT 2001 II 121).

b) En l'espèce, le présent recours, interjeté en temps utile par la mère du mineur concerné, qui y a intérêt (ATF 121 III 1 c. 2a, JT 1996 I 662), est recevable à la forme.

2. La recourante requiert que l'assistance judiciaire lui soit accordée avec effet rétroactif au jour de la requête, soit le 28 juin 2011.

Elle fait valoir que sans l'appui d'un conseil, l'égalité des armes ne serait pas respectée dès lors qu'elle se retrouverait seule et sans connaissance juridique face à l'autorité tutélaire et au SPJ. Elle soutient en outre ne pas avoir les moyens financiers d'assumer les frais d'un conseil de choix.

a) La loi du 24 novembre 1981 sur l'assistance judiciaire en matière civile (ci-après : LAJ) a été abrogée dès l'entrée en vigueur du CDPJ (art. 173 al. 1 CDPJ), soit dès le 1^{er} janvier 2011. Depuis cette date, il faut donc considérer que les questions relatives à l'assistance judiciaire sont régies par le CPC, applicable à titre supplétif (art. 117 à 123 CPC; JT 2011 III 150, note Jean-Luc Colombini p. 151).

En vertu de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire lorsqu'elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et que sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). L'octroi de l'assistance judiciaire obéit ainsi à deux conditions cumulatives, soit l'absence de ressources suffisantes et les chances de succès de la procédure. Ces conditions coïncident avec celles découlant du droit à l'assistance judiciaire, tel que garanti par l'art. 29 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101).

Selon la jurisprudence, une partie ne dispose pas de ressources suffisantes lorsqu'elle n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans devoir entamer les moyens qui lui sont nécessaires pour couvrir ses besoins personnels et ceux de sa famille (ATF 128 I 225, JT 2006 IV 47; ATF 127 I 202; Corboz, Commentaire de la LTF, 2009, nn. 17 ss ad art. 64 LTF). Savoir quels critères il faut prendre en considération pour admettre l'indigence relève du droit; la détermination des actifs et passifs relève en revanche du fait (ATF 120 Ia 179). Il incombe donc au requérant de prouver les faits qui permettent de constater son indigence (Corboz, op. cit., n. 20 ad art. 64 LTF). C'est la situation financière dans son ensemble qui compte, soit d'une part la totalité des revenus (gains accessoires compris), la fortune, les éventuelles créances contre des tiers et, d'autre part, les charges d'entretien et les engagements financiers auxquels le requérant ne peut échapper. S'agissant de la notion de

ressources suffisantes au sens de l'art. 29 al. 3 Cst. et, partant, de l'art. 117 CPC, le Tribunal fédéral a précisé que cette notion ne se recoupe pas entièrement avec celle du minimum vital du droit des poursuites en ce sens qu'il n'y a pas lieu, dans l'examen de l'assistance judiciaire, de se référer schématiquement aux normes du droit de l'exécution forcée, mais de prendre en considération l'ensemble des circonstances individuelles du requérant (ATF 135 I 91 c. 2.4.3 et la référence citée). Les charges d'entretien peuvent ainsi être appréciées selon les normes du droit des poursuites concernant le minimum vital. Toutefois, on ajoutera un pourcentage de l'ordre de 25% au montant de base afin d'atténuer la rigueur de ces normes (Corboz, op. cit., n. 26 ad art. 64 LTF; Rüegg, Basler Kommentar, Schweizerischenprozessordnung (ZPO), Bâle 2010, n. 12 ad art. 117 CPC; Emmel, Kommentar zur ZPO, n. 10 ad art. 117 CPC). On tiendra en outre compte des primes d'assurance obligatoires ou usuelles ainsi que de la charge fiscale, pour autant que ces sommes soient plus ou moins régulièrement payées (Corboz, ibid.).

D'après la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 Cst., un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. Un procès n'est pas dépourvu de chances de succès lorsque celles-ci et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes (TF 4A_455/2010 du 20 octobre 2010 ; ATF 133 III 614 c. 5 ; ATF 129 I 129 c. 2.3.1, JT 2005 IV 300). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (ATF 133 III 614 c. 5 et les réf. citées).

La doctrine est d'avis qu'il ne faut pas se montrer trop sévère quant à l'examen des chances de succès du requérant : pour accorder l'assistance judiciaire, point n'est besoin qu'une victoire du requérant paraisse probable, ni même plus vraisemblable qu'une défaite. En première instance, l'absence de chances de succès ne pourra

qu'exceptionnellement conduire à refuser l'assistance judiciaire dans les procès patrimoniaux (Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, n. 31 ad art. 117 CPC et la réf. citée au Message CPC, p. 6912). L'examen des chances de succès suppose un pronostic au moment de la décision d'octroi ou de refus. En pratique, c'est surtout pour des motifs juridiques qu'un refus à ce stade pourrait intervenir faute de chance de succès, par exemple, s'il paraît fortement probable, au vu des affirmations ou allégations que l'action envisagée serait irrecevable, prescrite ou infondée (Tappy, in CPC commenté, op. cit., n. 34 ad art. 117 CPC). La décision à cet égard ne saurait être renvoyée à l'issue de la procédure de première instance, ni être alors révoquée au vu de la tournure finalement prise par le procès (Rüegg, op. cit., n. 18 ad art. 117 CPC).

b) En l'espèce, il s'agit d'une procédure en limitation des droits parentaux de la recourante sur son fils. Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 9 mai 2011, le droit de garde a été retiré à la recourante et un mandat d'évaluation a été confié au SPJ. Cette décision a été confirmée par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 juillet 2011. Dans l'intervalle, la recourante a demandé à être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Le premier juge ne pouvait exclure d'emblée, soit au stade des mesures préprovisionnelles, que la recourante obtienne le retour de l'enfant dans le foyer familial sans préjuger. La cause n'était dès lors pas vouée à l'échec et le droit à l'assistance judiciaire doit être reconnu à la recourante, pour autant qu'elle remplisse la condition supplémentaire d'indigence.

Selon les pièces figurant au dossier, la recourante est sans revenu depuis qu'elle a emménagé à Etoy. Selon ses déclarations, son concubin réalise un salaire mensuel de 6'000 francs. Même si l'on considère que le père de l'enfant doit assumer les besoins de la famille, celle-ci dispose d'un solde mensuel de 1'675 fr. après paiement du loyer, par 1'700 fr., et en tenant compte du minimum vital élargi à 2'625 fr. (2'100 fr. pour un couple avec un enfant selon les lignes directrices du droit des poursuites, augmentés de 25 %). Ce disponible n'est pas

suffisant pour subvenir aux besoins de la famille, payer les assurances de chacun, acquitter les impôts et assumer en sus les frais de la procédure.

Au vu de ce qui précède, la recourante doit pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire avec effet au jour du dépôt de sa requête.

c) Conformément à l'art. 118 al. 1 CPC, l'assistance judiciaire comprend l'exonération d'avances et de sûretés, l'exonération des frais judiciaires et la commission d'office d'un conseil juridique par le tribunal lorsque la défense des droits du requérant l'exige, en particulier lorsque la partie adverse est assistée d'un avocat.

L'art. 118 al. 1 let. c CPC pose ainsi une condition supplémentaire à l'octroi de l'assistance judiciaire sous la forme d'un conseil d'office, celle de la nécessité (Tappy, in CPC commenté, op. cit., n. 11 ad art. 118 CPC, p. 478). Il convient de prendre en compte, pour l'examen de cette condition, les éléments objectifs, soit l'importance de l'enjeu, la plus ou moins grande complexité de l'affaire en fait et en droit et les règles de procédure applicables (nécessité d'écritures soumises à un certain formalisme, instruction menée d'office ou non etc.). La soumission à la maxime inquisitoriale est un facteur permettant plus aisément d'agir seul. Toutefois, elle ne saurait par principe exclure la commission d'un conseil juridique, en particulier si la procédure est susceptible de porter une grave atteinte à la situation juridique du requérant (Tappy, in CPC commenté, op. cit., n. 13 ad art. 118 CPC, p. 479 et références).

Il convient en outre de tenir compte d'éléments subjectifs, soit relatifs à la personne du requérant, à son âge, à sa formation et à sa plus ou moins grande familiarité avec la pratique judiciaire, voire à sa langue etc. (Tappy, op. cit., n. 15 ad art. 118 CPC, p. 479 et références). Ainsi un plaideur totalement inexpérimenté, ou ne comprenant pas la langue pourra avoir droit à un conseil d'office, même si les éléments objectifs ne sont pas réunis, les éléments subjectifs permettant de corriger dans un sens ou l'autre l'appréciation objective de la nécessité d'un conseil juridique (Tappy, op. cit., nn. 15 et 16 ad art. 118 CPC, p. 479). La

jurisprudence admet en principe la nécessité de la représentation par un avocat lorsqu'il en va de la garde sur un enfant (ATF 130 I 180).

En l'espèce, dans le cadre de l'instruction, plusieurs témoins ont été entendus, soit des professionnels de la petite enfance, des éducateurs et des représentants du SPJ. Contrairement à ce que soutient le premier juge, l'assistance d'un conseil d'office ne doit pas être refusée au motif que la maxime d'office s'applique aux mesures de protection des enfants et que seul l'intérêt de l'enfant est déterminant. Un tel raisonnement reviendrait à refuser le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la plupart des procès matrimoniaux. Par ailleurs, la recourante doit se défendre dans une procédure complexe et n'a aucune connaissance juridique. Ses compétences parentales sont mises en cause par des professionnels et les soupçons de maltraitance qui pèsent à son encontre sont graves. Ainsi, compte tenu de l'importance de l'enjeu et des reproches qui sont formulés à l'encontre de la recourante d'une part, de son inexpérience en matière juridique d'autre part, l'assistance judiciaire accordée à la recourante doit comprendre non seulement l'exonération des frais judiciaires mais également l'assistance d'un conseil d'office.

3. En définitive, le recours, bien fondé, doit être admis et la décision entreprise réformée en ce sens que le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé à A.G._____ dans la cause en limitation de l'autorité parentale ouverte à son égard, avec effet au 28 juin 2011.

Le présent arrêt peut être rendu sans frais conformément à l'art. 236 al. 2 aTFJC (Tarif des frais judiciaires en matière civile du 4 décembre 1984, RSV 270.11.5), qui continue à s'appliquer pour toutes les procédures visées à l'art. 174 CDPJ (art. 100 TFJC, Tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires en matière civile).

La recourante a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire dans le cadre de son recours. Compte tenu des considérants qui précèdent, il y a lieu de lui accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire

également pour la procédure de recours. Il résulte du relevé des opérations produit le 2 novembre 2011 que son conseil a consacré près de 4 heures à son recours et que ses débours se sont élevés à 13 francs. Les opérations ont été effectuées par l'avocate-stagiaire de l'étude. Une indemnité correspondant à 3 heures de travail d'avocat-stagiaire, au tarif horaire de 110 fr. hors TVA (art. 2 al. 1 let. b RAJ, Règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile 7 décembre 2010, RSV 211.02.3), apparaît toutefois suffisante au regard des difficultés de la cause, telles qu'elles se présentaient en fait et en droit. On obtient ainsi une indemnité de 330 fr., à laquelle il convient d'ajouter la TVA à 8 % et 13 fr. de débours (art. 2 al. 3 RAJ). L'indemnité d'office due au conseil de la recourante pour la procédure de recours doit ainsi être arrêtée à 369 fr. 40, débours et TVA compris.

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
prononce :

I. Le recours est admis.

II. La décision est réformée comme suit :

I.- accorde à A.G. _____ dans la cause en limitation de l'autorité parentale, le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 28 juin 2011;

II.- dit que le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé dans la mesure suivante :

1b. exonération des frais judiciaires;

1c. assistance d'un conseil d'office en la personne de Me Véronique Fontana;

III.- dit que A.G. _____ paiera une franchise mensuelle de 50 francs dès et y compris le 1^{er} août 2011, à verser auprès du Service juridique et législatif, Secteur recouvrement, case postale, à 1014 Lausanne.

III. La requête d'assistance judiciaire de la recourante A.G. _____ est admise, Me Véronique Fontana étant désignée conseil d'office avec effet au 21 juillet 2011 dans la procédure de recours.

IV. L'indemnité de Me Véronique Fontana, conseil de la recourante, est arrêtée à 369 fr. 40 (trois cent soixante-neuf francs et quarante centimes), TVA et débours compris.

V. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

VI. L'arrêt est rendu sans frais.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 8 novembre 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Véronique Fontana (pour A.G. _____),

et communiqué à :

- Justice de paix du district de Morges,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :