

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 28 février 2013

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. Giroud et Winzap
Greffière : Mme Tchamkerten

Art. 299 CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **K.**_____, à Lausanne, défenderesse, contre le prononcé rendu le 22 janvier 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant la recourante d'avec **D.**_____, à Lausanne, demandeur, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé rendu le 22 janvier 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête en désignation d'un curateur pour les enfants formée le 14 décembre 2012 par K._____, née C._____ (I), et rendu le prononcé sans frais (II).

En droit, le premier juge a considéré que les enfants, dont les deux parents revendiquaient la garde, avaient eu l'occasion de s'exprimer non seulement devant le juge, lors d'une audition séparée, mais également devant les experts, lesquels devaient être considérés comme des personnes neutres. Au vu de l'expertise pédopsychiatrique, qui devait être qualifiée d'exhaustive, le premier juge a estimé qu'aucune circonstance particulière ne justifiait la nomination du curateur, lequel ne serait qu'un intervenant supplémentaire dans une cause où le bien-être des enfants commandait qu'elles retrouvent une vie normale, sans intervention juridique excessive.

B. Par acte du 4 février 2013, K._____ a recouru contre ce prononcé en concluant avec suite de frais et dépens à sa réforme en ce sens qu'un curateur-avocat est nommé en faveur des enfants E._____, née le [...] 2011, et Q._____, née le [...] 2013. A l'appui de son écriture, la recourante a produit un onglet de pièces sous bordereau.

La recourante a également sollicité l'assistance judiciaire pour la procédure de recours. Par décision du 18 février 2013, le Président de la Chambre des recours civile a dispensé la recourante de l'avance de frais, réservant sa décision définitive sur l'assistance judiciaire.

C. La Chambre des recours civile fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. D. _____, né le [...] 1971, et K. _____, née C. _____ le [...] 1969, se sont mariés le [...] 2000 à Pully.

Deux enfants sont issues de cette union : E. _____, née le [...] 2001, et Q. _____, née le [...] 2003.

2. K. _____ et D. _____ se sont séparées durant l'été 2010. La séparation est très conflictuelle, les parties se disputant en particulier la garde des enfants. Plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, puis, depuis l'ouverture par D. _____ d'une action en divorce le 2 octobre 2012, dans le cadre des mesures provisionnelles.

a) Dans un premier temps, les parties sont convenues par convention du 29 août 2010 ratifiée par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, de confier la garde des enfants à la mère, le père jouissant d'un libre et large droit de visite, usuel à défaut d'entente.

A la suite d'une tentative de suicide commise par la mère en septembre 2011, D. _____ a réclamé le droit de garde sur ses enfants, qui lui a été accordé par la Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, par prononcé de mesures superprovisionnelles du 26 septembre 2011, confirmé par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 décembre 2011. La situation a été signalée au Service de protection de la jeunesse (SPJ) avec l'accord des deux parents.

Le droit de visite de la mère a été dans un premier temps limité, les visites ayant lieu en présence d'un tiers, puis par l'intermédiaire du Point Rencontre, mesure à laquelle il a été renoncé par convention signée par les parties lors d'une audience du 20 juillet 2012, ratifiée par le Président pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. Lors d'une audience de mesures provisionnelles du 14 décembre 2012, les parties sont convenues que la mère jouirait d'un libre

et large droit sur ses filles à exercer d'entente avec le père, ou, à défaut d'entente, à raison d'un week-end sur deux.

b) E._____ a écrit une lettre au Président le 1^{er} février 2012, demandant à être écoutée et à pouvoir donner sa version des faits dans le conflit opposant ses parents.

Les deux enfants ont été entendues séparément par le Président.

c) Le Président a chargé le SUPEA d'une expertise pédopsychiatrique tendant à faire toutes recommandations utiles quant à la garde des enfants E._____ et Q._____ et au droit de visite. Le SUPEA a rendu son rapport d'expertise le 13 septembre 2012, cosigné par [...], psychologue associé à l'UPL et [...], médecin assistante au SUPEA. Les experts ont vu les enfants E._____ et Q._____ à plusieurs reprises ensemble, séparément ou en présence de l'un des parents. Ils ont préconisé l'attribution de la garde au père, la mère jouissant d'un large droit de visite à fixer d'entente avec le SPJ, lequel devait se voir confier un mandat de curatelle éducative afin de veiller au bon déroulement et au respect des relations personnelles des filles avec leurs parents.

Par lettre du 4 octobre 2012, K._____ a contesté le rapport d'expertise, dont elle a requis le retranchement du dossier, demandant qu'une seconde expertise soit mise en œuvre, subsidiairement qu'un complément d'expertise soit ordonné.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 14 décembre 2012, K._____ a maintenu sa requête de mise en œuvre d'une seconde expertise, à confier à un expert hors du canton de Vaud. Par prononcé du 22 janvier 2013, le Président a rejeté cette requête ainsi que toute requête en complément d'expertise. Le recours formé par K._____ contre ce prononcé a été déclaré irrecevable par un arrêt de la cour de céans rendu le 14 février 2013.

d) Lors d'une audience de mesures provisionnelles du 5 octobre 2012, K._____ a requis la récusation du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, exposant se trouver dans un rapport d'inimitié avec un fonctionnaire judiciaire du tribunal. Cette requête a été rejetée par la Cour administrative du Tribunal cantonal par une décision du 30 octobre 2012, confirmée par un arrêt de la Chambre des recours civile du 5 décembre suivant.

e) Lors de l'audience du 14 décembre 2012, K._____ a requis qu'un curateur-avocat soit désigné en faveur de ses filles.

D._____ a conclu au rejet de cette requête.

En droit :

1. Le recours est dirigé contre une décision refusant de désigner un curateur aux enfants des parties.

a) Une telle décision constitue une ordonnance d'instruction (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 15 ad art. 299 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]). Conformément à l'art. 299 al. 3 CPC, l'enfant capable de discernement dispose d'une voie de recours spécifique contre le refus du premier juge de lui désigner un curateur. En revanche, pour les parents qui requièrent, en vain, l'instauration d'une curatelle (art. 299 al. 2 let. b CPC), seul le recours prévu à l'art. 319 let. b ch. 2 CPC est ouvert (Jeandin, op. cit., n. 15 ad art. 299 CPC; Spycher, Berner Kommentar, n. 14 ad art. 299 CPC; Schweighauser, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., nn. 35 et 36 ad art. 299 CPC). Le recours doit être interjeté dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC) devant le Chambre des recours civile (art. 73 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979]).

Le recours prévu à l'art. 319 let. b ch. 2 CPC suppose ainsi l'existence d'un préjudice difficilement réparable, à défaut duquel le recours sera déclaré irrecevable.

Selon la jurisprudence de la Cour de céans, la notion de préjudice difficilement réparable est plus large que celle de dommage irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), puisqu'elle devrait viser également les désavantages de fait (JT 2011 III 86 c. 3 et les réf.; CREC 20 avril 2012/148). La doctrine a précisé que cette notion ne vise pas uniquement un inconvénient de nature juridique, mais toute incidence dommageable (y compris financière ou temporelle) pourvu qu'elle soit difficilement réparable, la notion devant être toutefois interprétée de manière exigeante voire restrictive, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu (Jeandin, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC et les réf.; CREC 22 mars 2012/117). En outre, un préjudice irréparable de nature juridique ne doit pas pouvoir être ultérieurement réparé ou entièrement réparé par une décision finale favorable au recourant (ATF 134 III 188 c. 2.1 et c. 2.2).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile. Cela étant, sa recevabilité est douteuse dès lors que la recourante ne démontre nullement en quoi la décision du premier juge de désigner un curateur à l'enfant lui causerait, dans le cadre de sa procédure en divorce, un préjudice difficilement réparable. Certes, le fait que l'enfant soit empêché de faire valoir, par son curateur, un point de vue qui serait cas échéant concordant avec celui de la recourante et de nature à emporter la conviction du juge, peut constituer pour l'intéressée un certain préjudice. Toutefois, dans la mesure où la décision du premier juge est susceptible d'être rapportée en tout temps, en fonction de l'évolution de la situation conjugale, un tel préjudice ne saurait être qualifié de difficilement réparable.

En tout état de cause, dès lors que la maxime inquisitoire et la maxime d'office, qui sont instaurées principalement dans l'intérêt des

enfants mais qui profitent à toutes les parties, sont applicables dans la présente procédure (art. 296 al. 1 CPC), la question de l'existence d'un préjudice difficilement réparable subi par le parent sous l'angle strict de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC peut demeurer indécise en l'état, ce d'autant que le recours devra de toute manière être rejeté pour les raisons évoquées sous considérant 3 ci-après.

2. Le recours est recevable pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

S'agissant de la violation du droit, l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen (Spühler, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, n. 12 ad art. 319 CPC, p. 1504) ; elle revoit librement les questions de droit soulevées par le recourant et peut substituer ses propres motifs à ceux de l'autorité précédente ou du recourant (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2 éd., Berne 2010, n. 2508, p. 452).

3. a) La recourante fait valoir que les tensions importantes qui existent depuis longtemps entre les parents et qui concernent notamment la garde des enfants et l'autorité parentale justifient la nomination d'un curateur. Elle expose qu'E._____ aurait manifesté son désir de voir sa mère plus souvent et que les deux enfants ont demandé à être entendues. Afin que leur droit d'être entendu soit respecté, et en application de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107), les enfants devraient être représentées par un curateur-avocat. La recourante remet par ailleurs en cause les capacités éducatives du père des enfants ainsi que les constatations des experts.

b) Aux termes de l'art. 299 CPC, le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique (al.

1). Le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier dans les cas suivants (al. 2) :

- a. les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant;
- b. l'autorité tutélaire ou l'un des parents le requièrent;
- c. le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons :
 - 1. doute du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou la façon dont les relations personnelles sont réglées,
 - 2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant.

Sur demande de l'enfant capable de discernement, le tribunal désigne un représentant. L'enfant peut former un recours contre le rejet de sa demande (al. 3).

Cette disposition, qui a remplacé les art. 146 et 147 aCC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010), reprend pour l'essentiel le droit en vigueur antérieurement au 1^{er} janvier 2011 (Jeandin, op. cit., n. 1 ad art. 299 CPC). L'art. 299 al. 1 CPC pose un principe général en vertu duquel le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

c) En l'espèce, le premier juge a examiné l'opportunité d'instituer une curatelle en faveur des enfants au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce; dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation, il est parvenu à la conclusion que celles-ci avaient amplement eu l'occasion de présenter leur point de vue d'une part à l'expert, tout au long du processus d'expertise, d'autre part au juge lui-

même, lors de leur audition, et qu'il n'y avait dès lors pas de motif particulier justifiant la nomination d'un curateur-avocat. Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique. En ce qui concerne la garde des enfants et l'exercice du droit de visite, on doit reconnaître à cette procédure un caractère conflictuel dont le caractère aigu ne se résume pas uniquement à la question des enfants. On constate toutefois que les parties parviennent à trouver un terrain d'entente relatif au droit de visite, la dernière fois lors de l'audience présidentielle du 14 décembre 2012, de sorte que la désignation d'un curateur n'apparaît pas indispensable sous cet angle en dépit de conclusions différentes des parties relatives au droit de garde sur les enfants (art. 299 al. 2 let. b CPC). De même, les déclarations contradictoires des parents au sujet de la capacité éducative sur les enfants et le souhait de celles-ci de demeurer plutôt chez l'un que chez l'autre ne constituent pas un motif pour l'instauration d'une curatelle si les enfants ont pu exprimer leurs sentiments et aspirations sous une autre forme (CR CC I - Altiparmakian, n. 2 ad art. a146 CC et note infrapaginale n. 7). A cet égard, il ressort de la décision attaquée que les filles des parties ont déjà eu l'occasion de s'exprimer, d'une part, dans le cadre de l'expertise pédopsychiatrique du 13 septembre 2012, et, d'autre part, devant le juge, lors d'une audience séparée. On ne discerne pas de violation du droit international, singulièrement de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui garantit un droit d'être entendu à l'enfant capable de discernement dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. Lorsque la recourante s'en prend aux capacités éducatives du père pour remettre en cause l'attribution du droit de garde ou l'aptitude de celui-ci à exercer l'autorité parentale, son recours apparaît irrecevable; ces questions relèvent du procès au fond et seront tranchées sur la base de l'expertise et de l'audition des enfants, tant par les experts que par le juge. D'une manière générale, il appert que, dans sa démarche, la recourante semble animée davantage par sa propre volonté de remettre en cause les conclusions des experts et de détourner les décisions de justice antérieures confiant la garde des enfants à l'intimé que par l'intérêt de ses filles de prendre position, comme parties, au procès de divorce, au sujet de l'attribution de l'autorité parentale et de la garde.

En conséquence, ses griefs doivent être rejetés.

4. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté en application de l'art. 322 al. 1 CPC, dans la mesure où il est recevable.

Le recours étant dénué de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (art. 71 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de la recourante K._____ qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance en sa faveur.

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 322 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante K._____.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 1^{er} mars 2013

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 en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Franck-Olivier Karlen, avocat (pour K. _____),
- Me Pierre-Yves Court, avocat (pour D. _____).

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. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :