

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 9 novembre 2016

Composition : M. WINZAP, président
Mmes Crittin Dayen et Courbat
Greffière : Mme Egger Rochat

**Art. 176 al. 3 et 276 al. 1 CC ; 271 let. a, 276 al. 1, 319 let. b ch. 1
et 322 al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **K.E.F.**_____,
à [...], défenderesse, contre la décision rendue le 27 septembre 2016 par
la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause
divisant la recourante d'avec **D.F.**_____, à [...], demandeur, la Chambre
des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par décision du 27 septembre 2016, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a imparti un délai au 27 octobre 2016 à K.E.F. _____ pour qu'elle procède à un dépôt de 5'500 fr. à titre d'avance de frais pour la procédure engagée.

B. Par acte du 10 octobre 2016, K.E.F. _____ a recouru contre la décision précitée, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et, partant, à ce qu'il soit renoncé à l'expertise psychiatrique ou que sa mise en œuvre soit suspendue, subsidiairement à ce que l'expertise psychiatrique soit confiée à un expert dont l'estimation des frais serait inférieure à 11'000 fr. et, encore plus subsidiairement, à ce qu'elle soit dispensée de toute avance de frais concernant cette expertise psychiatrique, l'entier de ceux-ci étant supportés par D.F. _____.

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

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.F. _____, né le [...] 1973, et K.E.F. _____, née [...] le [...] 1970, se sont mariés le [...] 2005 à Lausanne.

Deux enfants sont issus de cette union : C.F. _____, né le [...] 2005, et B.F. _____, née le [...] 2007.

2. Les parties vivent séparées depuis le mois de novembre 2013 et entretiennent des relations personnelles et familiales difficiles.

Par prononcé du 19 février 2014 rendu dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ), en la personne d' [...], s'est vu confier un mandat de curatelle d'assistance éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC en faveur des enfants C.F._____ et B.F._____.

Par prononcé du 29 avril 2014, la présidente a chargé le SPJ d'un mandat d'évaluation en vue de faire toute proposition relative à la réglementation des relations personnelles entre le père et ses enfants.

Par requête de mesures urgentes du 26 août 2015, le SPJ a notamment conclu à la mise en place d'une thérapie familiale et à l'instauration éventuelle d'une expertise pédopsychiatrique.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 31 août 2015, ainsi que par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 27 octobre 2015, la présidente a notamment statué sur l'exercice du droit de visite du père et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 juin 2016, la poursuite de la thérapie de l'enfant C.F._____, initiée par la Dresse [...] auprès du Centre de consultation [...] a été ordonnée.

Par demande du 4 juillet 2016 adressée au Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, D.F._____ a conclu notamment au divorce des parties, à ce que l'autorité parentale des enfants C.F._____ et B.F._____ soit attribuée aux deux parents et à ce que son droit de visite soit fixé selon les précisions données en cours d'instance.

Par courrier du 18 juillet 2016, le SPJ a soulevé la question de la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique du lien père-enfants, assortie d'un complément sur le fonctionnement psychique de D.F._____.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 29 août 2016, à laquelle était présent le SPJ en la personne de l'assistante sociale [...], les parties sont convenues qu'en sus de son droit de visite auprès [...], D.F. _____ pourrait, dès le 5 septembre 2016, avoir sa fille B.F. _____ auprès de lui pour l'amener au cirque le mercredi de 16h.50 à 19h.00, la ramenant à l'entrée de son domicile.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 8 septembre 2016, la présidente a ordonné la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique des enfants C.F. _____ et B.F. _____, malgré l'opposition des parties à cet égard qui l'ont jugée inutile et trop coûteuse, et a désigné en qualité d'expert le Dr Jean-Marie Chanez, psychiatre, avec pour mission de rendre une analyse complète sur la situation actuelle de la famille, notamment sur le fonctionnement psychique des parents, de se prononcer sur les compétences parentales de chacun des parents et de formuler toutes propositions utiles relatives à l'autorité parentale conjointe, à la garde des enfants, à l'exercice des relations personnelles du parent non gardien, ainsi qu'à l'institution d'éventuelles mesures de protection en faveur des enfants et dit que les frais présumés de cette expertise seraient avancés (et supportés) par moitié par chacune des parties.

Par lettre du 20 septembre 2016, le Dr Jean-Marie Chanez a accepté le mandat qui lui avait été confié en qualité d'expert et a estimé que les frais d'expertise ne devraient pas excéder 11'000 francs.

En droit :

1.

1.1 Selon l'art. 103 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272), les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC. Les décisions en matière d'avances de frais judiciaires étant des

ordonnances d'instruction et obéissant à la procédure sommaire par analogie (Tappy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 11 ad art. 103 CPC), le délai de recours est de dix jours (art. 321 al. 2 CPC). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours, soit la Chambre des recours civile (art. 73 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

1.2 Le juge n'entre en matière que si le recourant a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let a CPC). L'intérêt digne de protection à agir constitue l'une des conditions générales de recevabilité d'une action (art. 59 al. 2 let. a CPC). L'absence d'un tel intérêt doit être relevé d'office par le juge, à tous les stades du procès (CREC 6 décembre 2011/237).

La qualité pour recourir suppose un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation ou la réforme de la décision attaquée (TF 4A_555/2014 du 12 mars 2015 consid. 4.3, RSPC 2015 p. 219 note Trezzini; TF 1B_111/2010 du 7 mai 2010 ; ATF 135 I 79 consid. 1.1; ATF 128 II 34 consid. 1.b). L'absence d'un tel intérêt, qui doit être constatée d'office, entraîne l'irrecevabilité de l'appel ou du recours (CACI 7 juillet 2014/369).

En matière de frais, un intérêt digne de protection doit toujours être admis si la décision attaquée rend le recourant débiteur de frais et devrait, en principe, être nié lorsqu'elle met les frais à la charge d'une autre partie ou les laisse à la charge de l'Etat, une exception étant toutefois envisageable si cette décision a une incidence sur les droits du recourant. Par exemple, la partie qui obtient gain de cause a un intérêt digne de protection à recourir pour faire réduire le montant des frais judiciaires mis à la charge de son adversaire lorsque cette réduction lui permettrait d'obtenir la restitution d'une partie des avances qu'elle a faites (CREC 6 décembre 2011/237).

1.3 En l'espèce, dans la mesure où il a été formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection à la suppression de l'avance de frais qui lui a été demandée ou qui a un intérêt digne de

protection à ce que l'entier de l'avance de frais soit supporté par l'intimé (art. 59 al. 1 let. a et 103 CPC), le recours est recevable.

En revanche, s'agissant de la conclusion tendant à ce que la mise en œuvre de cette expertise soit confiée à un autre médecin dont les frais seraient moindres, elle est irrecevable. En effet, la recourante ne démontre pas que la décision du 27 septembre 2016 lui causerait un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, les difficultés financières invoquées n'étant pas suffisantes pour admettre l'existence d'un tel préjudice (cf. CREC 27 septembre 2016/388 consid. 1.2).

Quant aux conclusions tendant à ce qu'il soit renoncé à la mise en œuvre de l'expertise psychiatrique, ou à ce que celle-ci soit suspendue, elles sont irrecevables. En effet, la recourante aurait dû recourir contre l'ordonnance de mesures provisionnelles du 8 septembre 2016 et démontrer que cette décision lui causait un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

2. Le recours est recevable pour violation du droit (art. 320 let. a CPC) et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC). L'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen s'agissant de la violation du droit (Spühler, in Basler Kommentar, 2^e éd. 2013, n. 26 ad art. 319 CPC). 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^e éd., 2010, n. 2508). Comme pour l'art. 97 al. 1 LTF (Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110), le grief de la constatation manifestement inexacte des faits ne permet que de corriger une erreur évidente, la notion se recoupant en définitive avec l'appréciation arbitraire des preuves (Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., 2014, n. 27 ad art. 97 LTF).

3.

3.1 La recourante conteste le principe d'une expertise psychiatrique, dans la mesure où sa mise en œuvre interviendrait au moment où la reprise de l'exercice du droit de visite par l'intimé non supervisé par un assistant social serait en discussion et serait prévisible à moyen terme. Elle estime que les honoraires de l'expert ascendant à 11'000 fr. seraient excessifs et, par conséquent, l'avance de frais requise par 5'500 fr. également, de sorte qu'elle ne saurait lui être imposée au vu de sa situation financière. Si ces montants devaient être confirmés, l'entier du montant devrait être déposé par l'intimé à titre d'avance de frais, dans la mesure où la mise en œuvre d'une telle expertise résulte du comportement inadéquat de l'intimé avec ses enfants.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 98 CPC, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Chaque partie doit par ailleurs avancer les frais d'administration de preuves qu'elle requiert (art. 102 al. 1 CPC). Lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve, chacun avance la moitié des frais (art. 102 al. 2 CPC).

Des exceptions à la possibilité de demander des avances existent en particulier là où des règles fédérales ou cantonales prévoient la gratuité de la procédure. Dans ce cas, il n'y a en effet pas de frais judiciaires prévisibles, ce qui exclut à tout le moins l'application de l'art. 98 CPC (Tappy, op. cit., n. 23 ad art. 98 CPC).

Le législateur fédéral a ainsi prévu l'exonération des frais dans diverses procédures au fond (art. 114 CPC) et a attribué aux cantons la compétence de prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC). Cette dispense de frais prévue par le droit cantonal peut n'être que partielle. Elle peut ainsi par exemple exclure la gratuité des frais d'administration des preuves (Tappy, op. cit., n. 7 ad art. 116 CPC).

Le canton de Vaud a fait usage de la réserve de l'art. 116 al. 1 CPC en prévoyant à l'art. 37 al. 3 CDPJ qu'il n'est pas perçu de frais

judiciaires pour les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale. En adoptant cette disposition à l'occasion de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du Code de procédure civile fédérale, le législateur vaudois a en réalité repris la solution prévue par l'art. 368 du Code de procédure civile vaudoise, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, qui prévoyait la gratuité de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et la possibilité pour le président de mettre exceptionnellement un émolument de justice à la charge de l'une ou l'autre des parties.

L'introduction du principe de la gratuité des mesures protectrices de l'union conjugale en droit vaudois s'expliquait dans les années 1950 par la volonté du législateur de « renforcer l'union conjugale » et de « lutter contre le divorce », en garantissant aux époux un accès aisé à une procédure simple, dans laquelle ils pouvaient agir directement, sans intermédiaire d'avocats et sans bourse délier, le cas d'abus manifeste devant cependant être réservé (cf. Exposé des motifs, in : BGC 1954 p. 836 ss). Le maintien du principe de la gratuité s'est justifié pour le législateur de 2011 par le fait que l'introduction d'un émolument dans ces procédures simples et touchant des situations difficiles avait été mal acceptée lors de la procédure de consultation (cf. Exposé des motifs relatif à la réforme de la juridiction civile - Codex 2010 volet « procédure civile », mai 2009, p. 46).

3.2.2 A teneur de l'art. 276 al. 1 CPC, les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie aux mesures provisionnelles prononcées dans le cadre d'une procédure de divorce.

Les mesures protectrices de l'union conjugale sont prévues aux art. 172 ss CC. Ainsi, en vertu de l'art. 172 al. 1 CC, lorsqu'un époux ne remplit pas ses devoirs de famille ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale, ils peuvent, ensemble ou séparément, requérir l'intervention du juge. Au besoin, le juge prend, à la requête d'un époux, les mesures prévues par la loi (art. 172 al. 3 CC).

Selon l'art. 176 al. 3 CC, lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC). Aussi, dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, il lui appartient d'ordonner les mesures de protection de l'enfant prévues aux art. 307 ss CC, si le développement de l'enfant est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire (cf. également art. 315a al. 1 CC).

Les mesures protectrices de l'union conjugale sont soumises à la procédure sommaire (art. 271 let. a CPC), dans le cadre de laquelle la preuve est en principe apportée par titres (art. 254 al. 1 CPC). Selon l'art. 254 al. 2 CPC, d'autres moyens de preuve sont cependant admissibles si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (let. a), si le but de la procédure l'exige (let. b) ou si le tribunal établit les faits d'office (let. c), ce qui est le cas pour les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC).

3.2.3 Aux termes de l'art. 276 al. 1 CC, les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger.

Les frais judiciaires liés à l'institution de mesures de protection de l'enfant ainsi que le défraiement du tuteur ou du curateur sont en principe mis à la charge des parents, car ils entrent dans l'obligation générale d'entretien prévue par l'art. 276 al. 1 CC (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 5^e éd., 2014, n. 1065, pp. 703 et 704 ; ATF 110 II 8). Certains éléments d'opportunité doivent toutefois permettre de pondérer l'application des principes résultant de l'art. 276 CC, comme par exemple l'influence éventuelle du sort des frais sur l'intérêt de l'enfant, la responsabilité de celui qui supporterait les frais dans la nécessité d'ouvrir une enquête ou de prendre une mesure, sa capacité de faire face à cette responsabilité et sa situation économique. Au regard de la loi, la famille assume certes au premier chef la charge et l'éducation des enfants mais, à défaut, la collectivité doit pallier les carences des parents en ce domaine

en les assistant ou en les suppléant, ce qui est également de nature à influencer sur le sort des frais (JdT 2003 III 40 consid. 5a et les références citées).

Ces principes sont repris par l'art. 38 LVP AE (loi d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant du 29 mai 2012 ; RS 211.255), qui prévoit que les émoluments et les frais auxquels donnent lieu les mesures prises en matière de protection de l'enfant au sens large sont à la charge des débiteurs de l'obligation d'entretien de l'enfant (al. 1) mais peuvent cependant, selon les circonstances, être répartis différemment ou laissés à la charge de l'Etat (al. 2).

3.3 En l'espèce, l'expertise pédopsychiatrique requise par le SPJ constitue un moyen de preuve nécessaire, permettant de mettre en lumière la dynamique familiale et ses dysfonctionnements, que le juge des mesures provisionnelles a la compétence de prononcer à la place de l'autorité de protection de l'enfant en vertu des art. 176 al. 3 et 315a al. 1 CC et 276 al. 1 et 271 let. a CPC.

A défaut de dispense de frais pour les mesures de protection de l'enfant, les frais judiciaires relatifs à l'administration de ce moyen de preuve doivent être mis à la charge des parties selon les règles générales de répartition prévues par le CPC (art. 104 ss CPC). En particulier, si à l'issue de la procédure, le juge estime que les frais doivent être répartis en équité (art. 107 al. 1 let. c CPC), il pourra s'inspirer des règles en matière d'obligation d'entretien des parents (art. 276 al. 1 CC) et de la législation relative aux mesures de protection de l'enfant, soit en droit vaudois de l'art. 38 al. 1 et 2 LVP AE, qui prévoit que les frais sont en règle générale à la charge des débiteurs de l'obligation d'entretien.

L'application de l'art. 37 al. 3 CDPJ au cas d'espèce aboutirait du reste à une situation discriminatoire, en tant qu'elle favoriserait de manière choquante les couples mariés, qui pourraient se prévaloir de la gratuité, contrairement aux couples non mariés qui devraient quant à eux, sous réserve de l'assistance judiciaire (cf. art. 117 ss CPC), s'acquitter de

frais judiciaires potentiellement importants. A l'évidence, il ne s'agit pas du but recherché par le législateur, qui en introduisant le principe de la gratuité, a voulu avant tout garantir aux époux un accès facilité à une procédure judiciaire leur permettant de résoudre leurs problèmes conjugaux de manière simple.

Au demeurant, l'application de l'art. 37 al. 3 CDPJ sans limitation à l'ensemble des moyens de preuve envisageables dans une procédure de mesures protectrices conjugales est susceptible d'induire des procédés confinant à l'abus de droit. Des époux pourraient en effet être tentés d'introduire de façon simulée une requête de mesures protectrices de l'union conjugale dans le seul but de bénéficier de la gratuité d'expertises réputées onéreuses, par exemple des expertises comptables ou immobilières complexes, ceci sans que leur mauvaise foi, comprise sous l'angle de l'art. 115 CPC, ne puisse d'emblée être décelée.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge a requis une avance de frais par moitié auprès de chaque partie, en l'occurrence auprès de la recourante.

4. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité et la décision querellée confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance seront arrêtés à 400 fr. (art. 69 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge de la recourante K.E.F._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 9 novembre 2016, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Anne-Marie Germanier Jaquinet (pour K.E.F._____),
- Me Carole Wahlen (pour D.F._____).

La Chambre des recours civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 francs.

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 :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :