ATF 142 III 153 | TF, 17.12.2015, 5A_52/2015*

Faits

Une avocate intervient en tant que représentante des enfants dans une procédure de divorce (art. 299 CPC). Elle agit à ce titre tout au long de la procédure, qui dure plusieurs années. A l'issue du procès, l'*Obergericht* lui alloue une indemnité pour son travail en tant que représentante bien moindre que celle demandée.

L'avocate recourt au Tribunal fédéral, qui est ainsi appelé à préciser le rôle du représentant de l'enfant dans une procédure de divorce et les principes présidant son indemnisation.

Droit

L'indemnité du représentant de l'enfant dans une procédure de divorce fait partie des frais de justice (art. 95 al. 2 lit. e CPC). Pour assurer une défense effective du bien de l'enfant (art. 299 ss CPC ; art. 12 al. 2 Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant), l'indemnité du représentant doit être proportionnelle au temps effectivement consacré, pour autant que celui-ci soit approprié. La jurisprudence fédérale a qualifié à plusieurs reprises d'arbitraires les décisions fixant l'indemnité du représentant de l'enfant sans tenir compte de ce critère.

En l'espèce, le droit cantonal ne prévoit pas la prise en compte du temps effectivement consacré. La fixation de l'indemnité ne viole toutefois le droit fédéral que si elle n'est pas proportionnelle au temps consacré par le représentant ni dans son principe ni dans son résultat. En l'espèce, l'avocate a produit une note d'honoraires détaillant ses opérations. L'indemnité allouée par l'instance précédente s'écartant considérablement du montant réclamé, elle ne peut être proportionnelle dans son résultat au temps effectivement consacré par l'avocate que si de nombreuses opérations de cette dernière doivent être retranchées au motif qu'elles ne ressortissaient pas à ses devoirs en qualité de représentante des enfants.

Les devoirs du représentant de l'enfant ne sont pas décrits dans la loi. Le tribunal nomme un représentant de l'enfant dans une procédure de divorce lorsque la sauvegarde des

intérêts de celui-ci n'est plus suffisamment garantie par ses parents (art. 299 CPC). Le représentant de l'enfant est ainsi garant du bien de ce dernier. Tranchant une controverse doctrinale, les juges fédéraux retiennent que le représentant défend le bien objectif de l'enfant, et non la conception subjective de l'enfant de ce qui est bon pour lui. En effet, même representé, l'enfant ne devient pas partie à la procédure de divorce, ce pour quoi le rôle du représentant n'est pas similaire à celui de l'avocat d'une partie.

S'agissant des attributions du représentant au sens de l'art. 299 CPC, elles doivent ensuite être mises en lien avec la maxime inquisitoire applicable aux enfants. Le représentant de l'enfant doit ainsi se renseigner en profondeur sur la situation de fait et en informer le tribunal. Contrairement à ce qui est soutenu par une partie de la doctrine, la désignation d'un représentant de l'enfant ne peut toutefois pas remplacer l'audition de ce dernier au sens de l'art 298 al. 1 CPC. En revanche, le représentant peut rapporter au tribunal le contenu de ses entretiens avec un enfant qui ne serait pas encore en âge d'être entendu par le tribunal.

En outre, le représentant de l'enfant assure la communication entre le tribunal et l'enfant, explique la procédure à l'enfant et accompagne ce dernier au cours du procès.

Enfin, le représentant au sens de l'art. 299 CPC peut prendre des conclusions propres s'agissant de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, ainsi que de questions importantes concernant les relations personnelles ou de mesures de protection de l'enfant (300 CPC).

Le Tribunal fédéral souligne par ailleurs qu'en vertu du principe *e maiore minus*, le tribunal (auquel il incombe de décider si la désignation d'un curateur est nécessaire aux termes de l'art. 299 CPC) peut également limiter le mandat du représentant à certains aspects dans la mesure appropriée au regard des circonstances du cas d'espèce.

En l'espèce, l'instance précédente n'a pas statué sur la question de savoir si l'avocate avait outrepassé le cadre de son mandat. Il convient dès lors de lui renvoyer l'affaire pour nouvelle décision. Dans la mesure où le mandat de l'avocate n'a pas été restreint par le tribunal, le principe de la bonne foi (art. 9 Cst. féd.) et le droit à une procédure équitable

(art. 30 Cst. féd.) imposent à l’instance précédente de contrôler avec réserve le caractère approprié des opérations de l’avocate.

Proposition de citation : Emilie Jacot-Guillarmod, La représentation de l’enfant dans une procédure de divorce (art. 299 CPC), in: https://lawinside.ch/183/