

# **BGer 5A\_91/2023 vom 6. April 2023**

Bundesgericht, 2023-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_91\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_91_2023)

FR: TF 5A\_91/2023 du 6 avril 2023

IT: TF 5A\_91/2023 del 6 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les deux recours concernent le même état de fait, opposent les mêmes parties et portent sur des questions juridiques communes. Il se justifie par conséquent de joindre les causes et de les traiter dans un seul arrêt (cf. art. 24 al. 2 PCF applicable par renvoi de l'art. 71 LTF).

### **E. 2**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 147 I 333 consid. 1; 147 I 89 consid. 1).

#### **E. 2.1**

La décision entreprise porte sur la capacité de postuler de l'avocat désigné comme représentant de l'enfant recourante dans le cadre d'une procédure de retour d'enfant et de mesures de protection, initiée par sa mère. De jurisprudence constante, la décision en interdiction de postuler revêt un caractère incident (arrêts 5A\_311/2022 du 9 novembre 2022 consid. 2.1.1; 4A\_25/2022 du 11 février 2022 consid. 4).

##### **E. 2.1.1**

Conformément à l'art. 93 al. 1 LTF, les recours immédiats contre des décisions incidentes sont possibles si celles-ci peuvent causer un préjudice irréparable (let. a) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b), cette seconde hypothèse n'entrant manifestement pas en considération en l'occurrence compte tenu de l'objet de la décision querellée. Un préjudice irréparable au sens de cette disposition n'est réalisé que lorsque la partie recourante subit un dommage qu'une décision favorable sur le fond ne fera pas disparaître complètement. Il faut en outre un dommage de nature juridique; un dommage économique ou de pur fait n'est pas considéré comme un préjudice irréparable. Il incombe à la partie recourante de démontrer l'existence d'un tel préjudice lorsque celui-ci n'est pas d'emblée évident (ATF 144 III 475 consid. 1.2; 141 III 80 consid. 1.2).

##### **E. 2.1.2**

Selon la jurisprudence, lorsque la décision incidente interdit à l'avocat mandaté par une partie de procéder en tant que représentant de celle-ci, elle peut causer un préjudice irréparable au mandant de l'avocat; il est en effet privé du droit de faire défendre ses intérêts par l'avocat de son choix. L'avocat évincé peut lui aussi former un recours immédiat (arrêt 5A\_311/2022 précité consid. 2.2.2 et les références citées).

Le préjudice irréparable que subit ici l'enfant est donc manifeste.

Celui que subit son père est en revanche moins évident. Soutenir que la décision attaquée jetterait le discrédit sur ses capacités éducatives et violerait "allègrement" les droits de sa

filles à mandater un avocat de son choix au motif qu'elle vivrait sous sa coupe ne le fonde nullement. Son recours est ainsi irrecevable.

## **E. 2.2**

Les autres conditions du recours en matière civile introduit par la recourante sont réalisées, étant précisé que la capacité de postuler de l'avocat doit être entreprise par la voie de recours ouverte dans la matière en cause. Statuant ainsi dans le contexte d'une procédure de retour d'enfant à la suite d'un déplacement international, la décision querellée a ici été prise en application de normes de droit public dans une matière connexe au droit civil, singulièrement en matière d'entraide administrative entre les États contractants pour la mise en oeuvre du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF; ATF 133 III 584 consid. 1.2; 120 II 222 consid. 2b; arrêts 5A\_301/2019 du 25 juin 2019 consid. 1; 5A\_643/2020 du 11 septembre 2020 consid. 1). Le tribunal cantonal valaisan a statué en instance cantonale unique, conformément à l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA; RS 211.222.32); il y a ainsi exception légale au principe du double degré de juridictions cantonales ( art. 75 al. 2 let. a LTF ; arrêt 5A\_877/2020 du 20 novembre 2020 consid. 1). La recourante, qui a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ), a agi à temps ( art. 100 al. 2 let. c LTF), malgré l'indication de délai erronée figurant sur la décision attaquée.

## **E. 3.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit au sens des art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 146 IV 297 consid. 1.2; 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 146 III 303 consid. 2; 144 II 313 consid. 5.1).

## **E. 3.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation susmentionné ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 3.1). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1).

Dans cette mesure, il convient d'emblée d'écarter la présentation des faits qu'effectue la recourante en tête de ses écritures, largement émaillée d'appréciations personnelles.

## **E. 3.3**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence).

Est ainsi irrecevable le rapport médical relatif à la capacité de discernement de l'enfant, daté du 29 mars 2023 et produit le 31 mars 2023.

#### **E. 4**

La juge cantonale a dénié à Me Berger la capacité de représenter la recourante dans le cadre de la procédure de retour initiée par sa mère en référence à l' art. 12 let . c LLCA.

Suspectant l'implication du père de la recourante dans le mandat attribué à l'avocat précité, la magistrate a considéré que la représentation litigieuse créait un potentiel conflit d'intérêts à éviter, vu les intérêts possiblement opposés de la mineure et de son père. La magistrate a en revanche laissé indécise la capacité de l'enfant à choisir son représentant, estimant que cette question préjugerait de sa capacité à se positionner sur son retour, objet de la demande au fond introduite par sa mère. Dans ces circonstances, la désignation d'un curateur apparaissait nécessaire, en tant que, à la différence d'un avocat de choix, celui-là pourrait représenter l'enfant sans être lié par ses instructions s'il devait les juger contraires à ses intérêts. Me Berger ne pouvait néanmoins se voir désigner en qualité de curateur: les informations et instructions données dans le cadre du mandat initial dont il se prévalait le priveraient de la liberté d'action nécessaire à sa mission et pourraient le placer dans un conflit d'intérêts.

#### **E. 5**

La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après: CLaH80; RS 0.211.230.02) est en vigueur en Suisse et à Hong Kong, en tant que région administrative spéciale de la République populaire de Chine.

#### **E. 6.1**

Dans le contexte d'une procédure relative à un enlèvement d'enfant, la représentation indépendante du mineur s'impose en raison des situations de conflit particulièrement aiguës qui caractérisent de telles procédures (BUCHER, Rapport complémentaire au rapport final de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, p. 37 ss, 47 [cité: BUCHER, Rapport complémentaire]). L' art. 9 al. 3 LF-EEA prévoit ainsi que le tribunal doit nommer un représentant pour l'enfant. Comme le démontre la lettre de la loi, cette désignation est impérative (cf. également: ALFIERI, Enlèvement international d'enfants - Une perspective suisse, 2016, p. 138; MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen - Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, 2012, n. 58; BUCHER, Commentaire romand LDIP, 2011, n. 218 ad art. 85 LDIP [cité: BUCHER, Commentaire romand]; également: MICHEL/STECK, in Basler Kommentar ZPO, 3

e éd. 2017, n. 3 ad art. 299 CPC ).

#### **E. 6.2**

Le curateur représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour; il peut formuler des requêtes et déposer des recours. L'enfant participe ainsi à la procédure en qualité de partie (Rapport final de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, p. 29 [cité: rapport final]; MAZENAUER,

op. cit. , n. 58; JAMETTI GREINER, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, in FamPra.ch 2008, p. 277 ss, 302; HÄRING, Neuerungen im Bereich internationaler Kindesentführung, in FamPra.ch 2007, p. 256 ss, 267; BUCHER, Rapport complémentaire, ibid .). Le choix du curateur doit se porter sur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques; le curateur doit de surcroît être capable de conseiller et d'écouter l'enfant ainsi que de comprendre ses origines culturelles, sociales et familiales. Il doit par ailleurs être apte à sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance, sans dépendre des parents et se laisser trop influencer par ceux-ci (Message concernant la mise en oeuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en oeuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2433, p. 2467; Rapport final, p. 29; également MAZENAUER,

op. cit. , n. 60). La nécessité d'une représentation judiciaire de l'enfant objective et expérimentée est en effet fondamentale au regard des situations généralement très conflictuelles ayant conduit à un enlèvement, lesquelles peuvent entraîner les parents à songer principalement à leurs propres intérêts et non directement à ceux de leur enfant (BUCHER, Commentaire romand, n. 218 ad art. 85 LDIP ; MAZENAUER,

op. cit. , n. 58; HÄRING,

op. cit. , p. 267).

### **E. 6.3**

Selon l' art. 19c al. 1 CC , les mineurs capables de discernement peuvent en principe agir de manière indépendante - ou par l'intermédiaire d'un représentant de leur choix - en ce qui concerne leurs droits strictement personnels ( ATF 120 Ia 369 consid. 1a; arrêts 5A\_1049/2020 du 28 mai 2021 consid. 2.3.1; 5A\_123/2020 du 7 octobre 2020 consid. 1.1 non publié aux ATF 147 III 451 ; 5A\_796/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.1). Il est ainsi admis que, dans le cadre de la procédure de retour dont il fait l'objet, l'enfant capable de discernement peut désigner lui-même son curateur (Rapport final, p. 29; HÄRING,

op. cit. , p. 267; MAZENAUER,

op. cit. , n. 60). La possibilité de faire appel à un avocat de son choix, à côté du représentant officiel qui lui a été désigné (ainsi: BUCHER, commentaire romand, n. 218 ad art. 85 LDIP ) n'est retenue qu'à titre exceptionnel par la jurisprudence: le curateur tend en effet à assurer la réalisation de l'intérêt objectif de l'enfant et les questions généralement soulevées restent abstraites et difficiles à appréhender, même pour les enfants plus âgés (cf. ATF 142 III 153 consid. 5.2.4 [arrêt rendu dans le contexte de l' art. 299 CPC ]; arrêt 5A\_232/2016 du 6 juin 2016 consid. 4; cf. également arrêt 5A\_617/2022, 5A\_621/2022 du 28 septembre 2022 consid. 8, qui nie cependant la capacité de discernement des enfants à mandater un avocat de leur choix).

### **E. 7.1**

L'autorité cantonale a considéré que plusieurs éléments donnaient à penser que le père de la recourante avait été associé à la démarche de mandater Me Berger et que celui-là avait un intérêt personnel à ce que celui-ci demeure le représentant de sa fille, dont les intérêts à l'issue de la procédure étaient potentiellement opposés aux siens. Cette situation créait un risque concret de conflit d'intérêts que lui interdisait l' art. 12 let . c LLCA. A titre

d'éléments fondant la suspicion du conflit d'intérêts, la magistrate cantonale a d'abord relevé le caractère surprenant de la démarche entreprise par la recourante (à savoir: la prise de contact, plusieurs mois avant l'introduction de la procédure par sa mère, d'un avocat actif à Genève alors qu'elle n'était âgée que de treize ans, vivait depuis peu en Suisse, singulièrement à U. \_\_\_\_\_, et ne parlait pas français); les circonstances entourant la constitution du mandat de Me Berger (à savoir: l'identité de la personne ayant instruit l'avocat et lui ayant fourni les pièces relatives aux procédures que cet avocat avait déposées; la rencontre éventuelle avec sa cliente - accompagnée ou non; le versement éventuel d'une provision) et son refus de les clarifier en se retranchant derrière son secret professionnel; la production d'une procuration signée par la mineure et datée du 16 décembre 2022 alors qu'il était douteux qu'en raison du rapatriement de celle-ci, l'avocat eût pu la rencontrer; le peu d'empressement du mandataire à rencontrer sa cliente (ainsi: le défaut de tentative de la voir durant la matinée du 19 décembre 2022, malgré l'audience appointée l'après-midi pour laquelle l'avocat ne s'estimait pas suffisamment préparé; son opposition à une suspension d'audience en vue de s'entretenir avec l'enfant et à ce que celle-ci fût entendue par la magistrate lors de l'audience du 19 décembre 2022); l'attitude du père de la recourante, qui avait lui aussi refusé de renseigner sur les circonstances entourant le mandat de Me Berger et pris spontanément position en faveur de la capacité de postuler de celui-ci.

### **E. 7.2**

Invoquant la violation (arbitraire) de l'art. 12 let. a, b et c LLCA ainsi que l'établissement inexact, incomplet et arbitraire des faits, de même que la violation (arbitraire) des art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), 13 al. 2 CLaH80, 9 al. 3 LF-EEA, 12, 13, 14, 16 et 19 CC, la recourante nie le conflit d'intérêts relevé par l'autorité cantonale. Elle soutient ainsi que le fait de mandater un avocat, même d'entente avec un parent et avec l'aide logistique de celui-ci (versement d'une provision, prise de contact), n'impliquerait pas nécessairement un alignement sur la position de ce parent et pourrait même viser à éviter tout conflit; dénier de surcroît la possibilité d'un tel soutien viderait de son sens la capacité de l'enfant capable de discernement à mandater un avocat de son choix. La recourante conteste ensuite vigoureusement le peu d'empressement reproché à son mandant pour la rencontrer, rappelant à cet égard les circonstances de son placement, le lieu inconnu de celui-ci et la fixation à très brève échéance d'une audience, dont elle rappelle le déroulement et souligne qu'il a donné lieu à une procédure de récusation à l'encontre de la magistrate cantonale. La recourante relève par ailleurs le "revirement" de la magistrate à l'égard de son conseil, laquelle avait attendu plus d'une semaine pour mettre en doute sa capacité de postuler alors qu'elle disposait pourtant de tous les éléments lui permettant de s'en prévaloir antérieurement. Elle affirme enfin que les questions posées par la magistrate sur les circonstances du mandat portaient atteinte au secret professionnel auquel elle avait droit, en sorte que son avocat pouvait s'abstenir d'y répondre.

C. \_\_\_\_\_ insiste quant à elle sur le rôle du curateur de l'enfant et la nécessité que celui-ci soit représenté par une personne indépendante, qui ne doit servir que les intérêts du mineur. Elle rappelle les indices que relève la cour cantonale pour fonder le défaut de neutralité de Me Berger.

### **E. 7.3**

Certes, la procédure visant le retour de l'enfant déplacé illicitement dans son État de résidence habituelle n'a pas pour but de statuer au fond sur son sort, notamment sur la

question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêt 5A\_548/2020, 5A\_551/2020 du 5 août 2020 consid. 5.2.1). Il n'en demeure pas moins que l'ordre de retour impacte nécessairement la situation personnelle de l'enfant et qu'il touche ainsi directement ses droits strictement personnels.

Il s'agit de souligner que Me Berger ne prétend pas ici à être désigné en tant que curateur de l'enfant au sens de l' art. 9 al. 3 LF-EEA ; il se présente en l'occurrence en tant que mandataire privé de la recourante, possibilité certes admise avec restriction par la jurisprudence, mais qu'elle n'exclut pas lorsque, comme en l'espèce, l'enfant qui se prétend capable de discernement fait valoir des droits strictement personnels. Dans cette perspective, la nécessité de réaliser le bien objectif de sa mandante n'apparaît pas au premier plan, mais appartiendra à la curatrice de l'enfant, dont la désignation est obligatoire (

supra consid. 6.1) : si sa désignation est admissible, le rôle de l'avocat n'est en effet pas le même que celui du curateur dans le contexte de la procédure suite à un déplacement illicite d'enfant, même si leurs positions peuvent évidemment se recouper.

Il appartient en revanche à Me Berger d'assurer à l'enfant - de manière diligente - une défense qui tienne compte de ses intérêts subjectifs, dont l'on ne peut exclure qu'ils rejoignent ceux de son père. La référence de la cour cantonale à l' art. 12 let . c LLCA et à un éventuel conflit d'intérêts de l'avocat n'apparaît donc pas décisive. C'est en revanche dans ce contexte que la capacité de discernement de l'enfant prend tout son sens. Or, contrairement à ce qu'affirme la recourante, cette question a été laissée ouverte par la magistrate cantonale, considérant que le conflit d'intérêts qu'elle relevait scellait le sort du litige: rapportant que, lors de son audition, l'enfant avait " fait part d'un avis non nuancé à l'égard de chacun de ses parents et de son retour ", la juge cantonale a en effet estimé que ces déclarations pouvaient " aussi bien être le signe d'une (sic) point de vue bien arrêté que d'une forme d'aliénation parentale " et que trancher cette question préjugerait de la capacité de l'enfant à se positionner sur son retour, objet de la demande au fond introduite par sa mère. Sauf ainsi à détourner le sens de cette motivation, l'on ne saurait en aucun cas en déduire, comme le soutient A.\_\_\_\_\_, le constat établi d'un syndrome d'aliénation parentale, son absence de capacité de discernement et une opinion préconçue de la magistrate sur l'issue de la demande au fond.

Il convient ainsi de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle détermine si la recourante dispose de la capacité de discernement suffisante pour mandater un avocat de son choix, en sus de la curatrice qui lui a été désignée.

### **E. 8.1**

En définitive, le recours dans l'affaire 5A\_91/2023 est admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, la procédure est en principe gratuite. La région administrative spéciale de Hong Kong a cependant indiqué ne pas être tenue au paiement des frais visés au paragraphe 2 de l'art. 26 de la Convention liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique ou aux frais de justice, sauf si ces frais peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire. La Suisse applique dans ce cas

le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111), en sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite (arrêt 5A\_121/2018 du 23 mai 2018 consid. 11 et les références). Les frais judiciaires - dont font partie les frais de représentation de l'enfant (arrêts 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 6; 5A\_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6) - sont mis à la charge de C.\_\_\_\_\_, qui, en s'identifiant à la décision entreprise, doit en assumer le risque et supporter les frais judiciaires et les dépens (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

### **E. 8.2**

Le recours dans l'affaire 5A\_110/2023 est en revanche irrecevable et les frais de cette procédure sont mis à la charge de son auteur, conformément aux principes qui viennent d'être rappelés, étant néanmoins précisé que la curatrice de l'enfant n'a pas été invitée à se déterminer dans cette procédure. Aucune indemnité de dépens n'est attribuée à C.\_\_\_\_\_ en tant que celle-ci a conclu, sans succès, au rejet de la requête d'effet suspensif; une indemnité de dépens est en revanche attribuée à A.\_\_\_\_\_, qui a appuyé la requête d'effet suspensif.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.