

Les conditions relatives à l'instauration d'une garde alternée ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_425/2016

Sabrina Burgat, Laura Amey

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt du 15 décembre 2016, le Tribunal fédéral examine les conditions permettant d'instaurer une garde alternée, indépendamment de l'accord des parents.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les époux A. sont les parents de C., née en juin 2007. Ils se sont séparés le 4 décembre 2015.

Le 18 décembre 2015, l'époux a déposé auprès du Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers (ci-après : tribunal civil) une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Dans le cadre de cette procédure chaque parent concluait à l'attribution de la garde de l'enfant en sa faveur.

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 février 2016, la juge du tribunal civil a attribué la garde de l'enfant au père, sous réserve d'un large droit de visite en faveur de la mère.

Le 17 janvier 2016, l'épouse a déposé un appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois (ci-après cour d'appel civile) tendant principalement au renvoi de la cause devant l'autorité inférieure, subsidiairement, à l'attribution de la garde de l'enfant. Les trois dossiers pénaux ouverts entre les parties ont été joints à la procédure matrimoniale.

La cour d'appel civile a rejeté l'appel de l'épouse (sic) et, d'office, réformé l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale en instaurant, bien qu'aucun des parents ne l'aie requis, un système de garde alternée sur l'enfant.

La mère a ensuite déféré le jugement au Tribunal fédéral, qui a admis le recours, annulé l'arrêt entrepris et renvoyé la cause à la cour d'appel civile pour instruction et nouvelle décision au sens de ses considérants.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler les principes légaux et jurisprudentiels applicables en matière d'attribution de la garde alternée. Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2 et 301a al. 1 CC), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Il revient néanmoins au juge d'examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si d'une part celle-ci est possible et d'autre part si elle est compatible avec le bien de l'enfant. Lorsque le juge détermine auquel des deux parents il attribue la garde, il doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant.

Le juge doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer, compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde.

Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives équivalentes, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure - en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation -, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce (**consid. 3.4.2**).

Le Tribunal fédéral rappelle qu'on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui apparaît contraire à son intérêt.

Appliquant ces principes au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la cour d'appel civile avait versé dans l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. en prononçant la garde alternée. En effet, selon le Tribunal fédéral, il est établi que les tensions entre époux s'exacerbent lors du transfert de l'enfant. Le Tribunal fédéral est d'avis que la solution retenue par la cour d'appel

civile, qui vise à rééquilibrer la situation et sortir les époux d' « *une dynamique où [chacun] souhaiterait la prépondérance* » semble servir uniquement l'intérêt des époux dans le cadre de leur divorce, puisqu'il ne peut simplement être affirmé, dans une approche théorique et prospective, que l'apaisement du conflit conjugal conduira à réduire le conflit de loyauté dans lequel est pris l'enfant. Or, une décision judiciaire doit servir en premier lieu l'intérêt supérieur de l'enfant (**consid. 3.5**).

Le Tribunal fédéral relève en outre que l'état de fait établi par l'autorité inférieure ne comporte aucune constatation relative à la situation effectivement vécue par l'enfant, à son développement depuis la séparation, à l'ampleur du conflit de loyauté dans lequel elle se trouve et à ses souhaits quant à sa prise en charge. La fille, pourtant âgée de presque 9 ans lorsque la cour d'appel civile a statué, partant, *a priori* capable de s'exprimer sur ces questions, n'a d'ailleurs pas été entendue à ce sujet par l'autorité précédente. Sur la base de l'état de fait extrêmement sommaire quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour d'appel civile ne s'est donc pas fondée sur des constatations pertinentes pour statuer sur l'attribution de la garde, de sorte qu'elle s'est rendue coupable d'une violation du principe d'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) (**consid. 3.5**).

III. Analyse

Le présent arrêt ne constitue pas un arrêt de principe relatif à la garde alternée, le Tribunal fédéral ayant à ce titre renoncé à publier l'arrêt dans le recueil officiel, malgré la tenue d'une séance publique en date du 15 décembre 2016.

Cinq éléments méritent néanmoins d'être examinés de plus près, en lien avec l'instauration d'une garde alternée : le statut de la garde alternée en droit suisse (1), la possibilité pour le juge d'imposer la garde alternée aux parents, alors qu'aucun des deux n'en fait la demande (2), l'impossibilité d'instaurer la garde alternée en cas de tensions lors du transfert de l'enfant (3), la mise en œuvre de la garde alternée en tant que mesure thérapeutique pour les parents (4) et la possibilité pour l'autorité inférieure de prononcer à nouveau la garde alternée dans une nouvelle décision (5).

1. Le statut de la garde alternée en droit suisse

Selon le Tribunal fédéral, la garde alternée suppose que les parents exercent en commun l'autorité parentale et qu'ils prennent en charge l'enfant de manière alternée pour les périodes relativement égales¹. Cette reconnaissance jurisprudentielle de ce mode de prise en charge n'est pas nouvelle, puisque la définition apparaît déjà depuis 2001 à tout le moins², mais elle a d'abord été limitée aux cas dans lesquels les deux parents prenaient des conclusions communes sur cette question. Progressivement, le Tribunal fédéral a assoupli sa jurisprudence, considérant que le juge invité à statuer sur le sort de l'enfant devait prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, indépendamment de la volonté des parents³. Cette évolution jurisprudentielle s'est concrétisée par l'introduction, au 1^{er} janvier 2017, de l'art. 298 al. 2^{ter} CC qui prévoit explicitement que les juges doivent examiner l'opportunité de prononcer une garde alternée si le père, la mère ou l'enfant la demande.

¹ TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015, consid. 4.2.2.1 ; TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.4.4 et arrêts cités.

² Voir TF 5C.42/2001, consid. 3a.

³ Par exemple TF 5A_69/2011, consid. 2.3.

L'instauration d'une garde alternée n'exige pas une requête conjointe des père et mère, mais doit se révéler possible, conforme au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer⁴. Le seul manque de coopération entre les parents déduit du fait que l'un d'entre eux s'oppose au principe d'une garde alternée ne suffit donc plus pour refuser, comme par le passé, l'instauration d'un tel mode de garde⁵. Quant aux intérêts des parents, ils doivent toujours être relégués au second plan⁶.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'existe pas de présomption de fait pour ou contre la garde alternée. Le juge doit pronostiquer si la garde alternée est un modèle de prise en charge qui correspond, selon toute probabilité, au bien de l'enfant⁷. Selon le Tribunal fédéral « *La possibilité concrète d'instaurer une garde alternée et sa compatibilité avec le bien de l'enfant étant dépendantes des circonstances du cas d'espèce, rien ne saurait être déduit des diverses études psychologiques ou psychiatriques en la matière se prononçant de manière absolue en faveur ou en défaveur de l'instauration d'un tel mode de garde, puisque celles-ci ne prennent pas en considération tous les paramètres qui entrent en ligne de compte dans la pratique (cf. JOSEPH SALZGEBER, Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus Sicht der Psychologie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht [FamRZ] 2015 p. 2018 ss)* »⁸.

Jusqu'ici, et comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans son arrêt, il n'existait pas de présomption permettant de considérer qu'un système de prise en charge soit préférable à un autre.

La situation a-t-elle changé au 1^{er} janvier 2017 lors de l'introduction de l'art. 298 al. 2ter qui a ancré dans la loi le principe de la garde alternée ? Par l'introduction de ce principe dans la loi, le législateur a-t-il souhaité favoriser ce mode de prise en charge, par rapport aux autres ?

Au stade du message, le Conseil fédéral avait renoncé à ancrer le principe de la garde alternée dans la loi, malgré les demandes formulées en procédure de consultation, considérant que « la question de la garde devra être appréciée au cas par cas, à l'aune du bien de l'enfant »⁹.

Or, devant les chambres, soit dans un premier temps le Conseil des Etats, il a été proposé d'introduire le principe de la garde alternée dans le Code civil. Il ressort des débats parlementaires, que le législateur, en inscrivant spécifiquement ce mode de garde dans le Code civil, à l'exclusion des autres, visait à accorder une place particulière à ce type de prise en charge, présumé favoriser le bien de l'enfant¹⁰.

⁴ TF 5A_72/2016 du 2 novembre 2016, consid. 3.3.1.

⁵ TF 5A_527/2015 du 6 octobre 2015, consid. 4 et TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.5.

⁶ ATF 131 III 209, consid. 5.

⁷ TF 5A_72/2016 du 2 novembre 2016, consid. 3.3.1.

⁸ ATF 142 III 617, consid. 3.2.3.

⁹ FF 2014 511, 545 ss.

¹⁰ Voir à cet égard les interventions de Von Graffenried, BO CN 2015 79s, Nidegger BO CN 2015 81, mais également Sommaruga BO CE 2014 1122.

Il semble dès lors raisonnable d'affirmer que le législateur, en adoptant l'art. 298 al. 2ter CC a souhaité aller au-delà de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui prévalait jusqu'alors, en mettant en évidence un mode de garde par rapport aux autres.

Cette affirmation ne signifie pas que la garde alternée doit être imposée dans tous les cas, puisqu'il convient de l'instaurer uniquement si elle est compatible avec le bien de l'enfant. A notre sens, lorsque les parents présentent des capacités éducatives équivalentes et des disponibilités semblables, ce système de garde devrait être privilégié lorsqu'il peut effectivement être mis en œuvre, eu égard à la proximité des domiciles des deux parents.

2. La possibilité d'instaurer la garde alternée sans requête des parents

Outre la question du choix d'un système de garde par rapport à un autre, il s'agit également d'examiner si, même sans conclusion des parties, le juge peut imposer la garde alternée aux deux parents. C'est ce qui a été fait par la cour cantonale dans le cas d'espèce, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition légale précitée.

S'agissant des procédures relatives aux enfants, la maxime d'office imposée par l'art. 296 al. 3 CC, et maintes fois rappelée par le Tribunal fédéral, impose au juge invité à statuer sur le sort de l'enfant de se fonder en premier lieu sur le bien de l'enfant, indépendamment de la volonté des parents, la maxime d'office permet dès lors de s'écarter des conclusions des parents sur les questions de garde. En ce sens, si le juge peut régler le sort des enfants sans égard aux conclusions des parties, il est autorisé à imposer la garde alternée, pour autant que ce mode de prise en charge apparaisse comme étant le mieux à même de garantir le bien de l'enfant.

Il convient toutefois de relever que le nouvel art. 298 al. 2ter CC précise expressément que le juge examine la possibilité de la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande, mais ne va pas jusqu'à imposer un examen d'office de ce mode de garde. La disposition a été introduite devant les chambres, motivée par la volonté d'accorder un statut particulier à ce mode de prise en charge¹¹.

Faut-il dès lors comprendre cette disposition comme une restriction du juge sur ses possibilités d'instaurer la garde alternée uniquement lorsqu'une des parties concernées le demande ou plutôt comme l'expression d'aller au-delà de ce que prévoyait la législation jusqu'ici ?

Si l'on prend en compte le message du Conseil fédéral, qui n'excluait pas la garde alternée, sans toutefois souhaiter la prévoir expressément dans le Code civil, afin de garantir un *statu quo* par rapport à ce qui prévalait jusqu'ici, ainsi que les débats parlementaires qui ont conduit à « améliorer » le statut de la garde alternée par rapport aux solutions jurisprudentielles qui s'étaient développées, il convient d'admettre que la référence explicite à la garde alternée devait conduire à favoriser ce mode de prise en charge, plutôt que de le restreindre.

Une manière d'interpréter la disposition pourrait ainsi être celle d'affirmer que lorsque la mère, le père ou l'enfant le demande, la garde alternée doit être privilégiée si elle est conforme au bien de l'enfant. Lorsqu'elle n'est pas demandée, chacun des modes de prise

¹¹ BO CE 2014 1125, s.

en charge se trouve sur un pied d'égalité. Cette nuance revêt toutefois un caractère théorique, puisque l'autorité appelée à statuer devra dans chaque cas examiner quelle solution de prise en charge respecte au mieux l'intérêt de l'enfant. C'est l'occasion de rappeler à ce titre que dans les affaires relatives aux enfants, les solutions les meilleures sont en principe celles trouvées d'entente entre les parents, en dehors de toute intervention judiciaire pour régler ce type de conflit.

3. L'impossibilité d'instaurer la garde alternée en raison du conflit parental

Pourtant, les tensions entre parents sont parfois inévitables, ce qui conduit ainsi, suivant l'ampleur des conflits à ne pas pouvoir instaurer ni l'autorité parentale conjointe (art. 298 al. 1 CC), ni la garde alternée, comme le rappelle le Tribunal fédéral.

Dans le cas particulier, bien que les capacités éducatives des parents et la disponibilité de ceux-ci pour s'occuper de leur fille aient été jugées équivalentes par l'autorité cantonale, le Tribunal fédéral a retenu qu'une garde alternée ne pouvait être instaurée en raison de l'existence d'un conflit marqué et persistant entre les parents sur des questions liées à l'enfant.

Le présent arrêt démontre toute l'importance attachée, par notre Haute Cour, à la capacité des parents de collaborer. Cette jurisprudence suit la ligne déjà empruntée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 5A_46/2015 du 26 mai 2015, duquel il ressort que, sans être une condition formelle s'opposant à l'instauration d'une garde alternée, un grave conflit parental exclut pratiquement ce type de garde, au regard du bien de l'enfant.

Or, il convient de se montrer prudent lors de la prise en compte de l'existence d'un grave conflit parental. Comme le relevait déjà le Professeur GUILLOD en 2015, il convient de tenir compte de l'évolution que l'on peut attendre dans l'attitude des parents, du fait que leur conflit personnel s'atténuera avec le passage du temps¹². En outre, accorder une trop grande importance à l'existence d'un conflit entre les parents pour refuser la garde alternée est susceptible d'encourager les époux à maintenir leur conflit afin de se voir attribuer la garde exclusive de leurs enfants. Ce phénomène entraînerait alors une sorte de « prime au conflit »¹³, comme en cas d'attribution de l'autorité parentale, ce qui ne garantirait évidemment pas la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En l'espèce, les difficultés rencontrées par les parents lors des transferts de garde ne peuvent être niées, au regard des procédures pénales en cours entre les parents. A ce titre, le Tribunal fédéral indique que les modalités de la garde alternée prévues par la cour cantonale, impliquant trois transferts de garde par semaine, auront *a priori* pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle (consid. 3.5). Il convient néanmoins de reconnaître que cette problématique n'existe pas uniquement dans le cadre d'une garde alternée, puisque les parents seraient également confrontés à des transferts de l'enfant, peut-être tout aussi importants, si un droit de visite « élargi » devait être octroyé à l'autre parent, comme le demande l'épouse.

¹² Olivier GUILLOD, Divorce et sort des enfants. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_46/2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2015, p. 4.

¹³ Pour davantage d'informations sur la question de la « prime au conflit » lors de l'attribution de l'autorité parentale, le lecteur peut se référer à l'article suivant : NOÉMIE HELLE, Vers une prime au conflit parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2015.

4. L'instauration de la garde alternée comme « mesure thérapeutique » pour les parents

Le Tribunal fédéral a été très clair dans cet arrêt : la garde alternée ne peut être utilisée comme une mesure de thérapie pour les parents, car elle doit servir l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, le Tribunal fédéral s'est montré très critique envers l'analyse de la cour cantonale qui a considéré, « dans une approche théorique et prospective, que l'apaisement du conflit conjugal conduira à réduire le conflit de loyauté dans lequel l'enfant est pris ».

Prise en tant que telle, la mesure visant à instaurer la garde alternée pour tenter d'apaiser le conflit conjugal ne suit en effet pas l'obligation imposée par la loi et dont les critères ont été développés par la jurisprudence de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, comme l'a mis en évidence le Tribunal.

La nuance mérite toutefois peut-être d'être apportée sur la manière dont le Tribunal fédéral a critiqué l'arrêt de la cour cantonale : « On ne peut en effet simplement affirmer, dans une approche théorique et prospective, que l'apaisement du conflit conjugal conduira à réduire le conflit de loyauté dans lequel l'enfant est pris, [...] ». Sans doute, le Tribunal fédéral a-t-il voulu affirmer que rien ne garantissait que la garde alternée puisse permettre de réduire le conflit conjugal. Mais le Tribunal fédéral ne saurait être suivi lorsqu'il affirme que l'apaisement du conflit conjugal ne réduira pas forcément le conflit de loyauté dans lequel l'enfant est pris (consid. 3.5). En effet, sans conflit conjugal, en présence d'un accord des parents sur le sort de l'enfant, il n'y a pas de place pour le conflit de loyauté chez l'enfant, puisqu'il se voit assuré du fait que ses parents ont le même avis sur la manière dont il doit être pris en charge. Il ne fait à notre sens nul doute que l'apaisement du conflit conjugal permet de réduire le conflit de loyauté chez l'enfant.

Il convient d'admettre qu'à ce jour, à notre connaissance, aucune étude ne permet de confirmer le fait que la garde alternée ait une influence sur les conflits parentaux. Mais ce sentiment que la garde alternée constitue « la panacée » gagne du terrain, si l'on croit l'analyse de la cour cantonale et les propos tenus par les parlementaires lors de l'introduction de l'art. 298ter CC.

A l'aune du nouveau droit, de la nécessité de garantir des solutions équilibrées, dans le respect de l'égalité entre hommes et femmes, il nous apparaît que – en théorie du moins – la garde alternée est susceptible d'offrir la meilleure solution pour l'enfant, lorsque les parents présentent des qualités éducatives équivalentes, qu'ils disposent d'une disponibilité équivalente pour s'occuper personnellement de l'enfant et que les domiciles séparés se trouvent à une distance raisonnable l'un de l'autre.

5. La possibilité d'instaurer la garde alternée dans le cas d'espèce

Le Tribunal fédéral a considéré que l'état de fait ne comportait pas de constatations suffisantes permettant de déterminer si la garde alternée était susceptible de garantir le bien de l'enfant. En ce sens, le Tribunal fédéral n'a pas complètement écarté la possibilité, pour la cour cantonale amenée à rendre une nouvelle décision, d'instaurer une garde alternée, dans le respect des critères développés par le Tribunal fédéral jusqu'ici.

La cour cantonale devra ainsi examiner si la distance entre les logements des deux parents est suffisamment proche pour permettre la garde alternée. Au regard du bien de l'enfant, il apparaît en effet important que les deux parents soient domiciliés à une distance

relativement équivalente du lieu de scolarisation de l'enfant. En outre, eu égard au critère de stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure, il apparaît important d'examiner comment la prise en charge de l'enfant s'est déroulée jusqu'ici, puisque les deux parents semblent s'occuper personnellement de l'enfant depuis la séparation. Enfin, l'enfant devra être entendu. Ce dernier point semble également avoir joué un rôle important dans la présente affaire, puisque l'enfant, pourtant âgé de 9 ans, n'avait pas été entendu par la cour cantonale. La situation est d'autant plus surprenante que la garde alternée avait été imposée à toutes les parties.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁴, le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard, doit être pris en considération lors de l'examen de l'attribution de la garde.

Au vu de ce qui précède, il appartiendra donc à l'autorité inférieure de procéder à de nouveaux actes d'instruction, dont notamment l'audition de l'enfant, avant de statuer à nouveau sur la question de la garde de l'enfant. Il reste à espérer que les parents parviendront à adopter une solution transactionnelle visant à mettre fin au litige, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁴ ATF 142 III 617, consid. 3.2.3.