

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Sabrina Burgat, Les exceptions permettant l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent : analyse de l'arrêt 5A_202/2015 du 26 novembre 2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2016

Art. 85 al. 1 LDIP ; 5 al. 1 CLaH96 ; 298b al. 2 CC

Les exceptions permettant l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent : analyse de l'arrêt 5A_202/2015 du 26 novembre 2015

Sabrina Burgat

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_202/2015 du 26 novembre 2015, destiné à la publication au recueil officiel, traite du principe de l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés. Cet arrêt vient compléter l'arrêt 5A_923/2014 destiné à la publication sur les critères permettant de s'écarter du principe de l'autorité parentale conjointe (voir not. NOEMIE HELLE, Vers une prime au conflit parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2015 ; PHILIPPE MEIER, Autorité parentale exclusive : l'art. 311 CC n'est pas le critère déterminant, RMA 2015 413, RJ 125-15, p. 421 ss ; GUILLAUME CHOFFAT, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe : une promesse déçue ?, SJ 2015 II 167).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. et B. sont les parents non mariés de C. né en 2006. Dès sa naissance, C. a vécu avec sa mère qui détenait l'autorité parentale exclusive, alors que les questions liées à l'entretien et aux relations personnelles entre le père et l'enfant ont été réglées en été 2007.

Compte tenu des difficultés liées à l'exercice du droit de visite, une curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC a été ordonnée en été 2013. Au printemps 2014, la mère a informé le père qu'elle souhaitait partir avec sa fille pour s'installer au Qatar avec son mari.

Par décision du 30 juillet 2014, l'autorité de protection de l'enfant, informée de la situation par le père, a accordé l'autorité parentale conjointe aux deux parents et attribué la garde de l'enfant à la mère, tout en l'autorisant à s'installer au Qatar. Sur recours du père, la décision est confirmée par le Tribunal de district qui retire l'effet suspensif à un éventuel recours.

Les deux parents recourent au tribunal cantonal contre cette décision : le père sollicite l'octroi de la garde de l'enfant et une interdiction à l'encontre de la mère de s'installer au Qatar. La mère s'oppose à l'autorité parentale conjointe et requiert la garde exclusive sur l'enfant. Par décision du 2 février 2015, le Tribunal cantonal rejette le recours des deux parents, considérant notamment qu'il n'est plus compétent pour statuer, compte tenu du déménagement de l'enfant.

La mère recourt au Tribunal fédéral contre cette décision.

B. Le droit

La recourante reproche au Tribunal cantonal de s'être déclaré à tort incompetent, en violation de l'art. 85 LDIP qui prévoit l'application de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96) (RS [0.211.231.011](#)). Cette question doit s'examiner d'office.

Durant la procédure, l'enfant a déménagé au Qatar. Partant, il existe un élément d'extranéité qui nécessite d'examiner si les tribunaux suisses restent compétents pour statuer sur les questions liées à l'enfant, en vertu du droit international privé.

Selon l'art. 85 LDIP, la compétence pour ordonner les mesures provisionnelles dans le domaine de la protection de l'enfant de même que le droit applicable sont réglés par la CLaH96. En vertu de l'art. 5 CLaH96, les autorités du lieu de résidence habituelle de l'enfant sont compétentes. L'art. 5 al. 2 CLaH96 prévoit également qu'en cas de changement du lieu de résidence de l'enfant dans un autre pays signataire de la convention, les autorités de la nouvelle résidence sont compétentes. Dans de telles situations, le principe de *perpetuatio fori* ne s'applique pas. La Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961 (CLaH61) (RS 0.211.231.01) prévoit la même règle.

Le Qatar n'est pas un pays signataire de la CLaH96, ni d'ailleurs de la CLaH61. Comme la Suisse n'a pas fait usage de la compétence réservée à l'art. 13 al. 3 CLaH61 l'autorisant à limiter l'application de la Convention aux seuls mineurs ressortissants d'un des Etats contractants, la Convention peut être qualifiée de « loi uniforme », qui s'applique également aux relations avec les Etats non signataires de la convention (ATF 124 III 176).

Le renvoi général de l'art. 85 LDIP se limite à la question de la compétence des autorités au sens de l'art. 5 al. 1 CLaH96, mais ne porte pas sur la règle de *perpetuatio fori* découlant de l'art. 5 al. 2 CLaH96. Cela signifie que lorsque la résidence habituelle de l'enfant est transférée dans un Etat non partie, l'autorité initialement saisie reste compétente. En effet, lorsque le nouvel Etat n'est pas partie à la convention, la continuité du régime juridique et des mesures de protection de l'enfant n'est pas assurée. Sans l'application du principe de *perpetuatio fori*, l'enfant se trouverait menacé par les conflits de compétence (consid. 2.1).

Au vu de ce qui précède, les tribunaux suisses restent compétents pour statuer sur les questions liées à l'enfant dans le cas d'espèce. Le père et la représentante de l'enfant font valoir que la question de l'autorité parentale conjointe n'a plus à être examinée, puisque seul le père avait recouru contre la décision de l'autorité de protection de l'enfant et uniquement sur la question de l'octroi de la garde de l'enfant à la mère et l'autorisation de partir. Ce point de vue ne peut être suivi dans la mesure où le Tribunal cantonal, dans sa motivation, a expressément mis en évidence que les deux parties contestaient l'autorité parentale conjointe. En outre, la maxime d'office découlant de l'art. 296 al. 3 CPC permet au tribunal d'examiner la question indépendamment des conclusions des parties. De surcroît, les trois questions que sont la garde, l'autorité parentale et l'autorisation de voyage sont étroitement liées au regard du bien de l'enfant (consid. 2.2).

Le Tribunal cantonal a accordé l'autorité parentale conjointe aux deux parents dès le 1^{er} juillet 2014. Aucun des parents ne s'est fondé sur le remariage de la mère ni sur son départ au Qatar pour contester cette décision et ces raisons n'apparaissent, à première vue, pas fondées. Les limitations des relations personnelles entre le père et sa fille existeront indépendamment de la question de

l'autorité parentale. Les tensions entre les parents et le conflit de loyauté de C. sont une conséquence directe du transfert de la garde à la mère et de l'accord de l'Office de protection de l'enfant PE pour le transfert de domicile (consid. 3.1).

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation en matière d'autorité parentale conjointe au 1^{er} juillet 2014, les parents détiennent en commun l'autorité parentale. Seul le bien de l'enfant peut justifier une exception à cette règle. Il y a dès lors lieu d'examiner si les conditions d'une telle exception sont remplies dans le cas d'espèce (consid. 3.3).

Désormais, la question de l'autorité parentale est indépendante de l'état civil des parents. Le législateur est parti de l'idée que cette règle sert le bien de l'enfant. Ce principe ne doit être écarté que lorsqu'une autre solution protège exceptionnellement mieux l'intérêt de l'enfant.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, **il existe un motif d'exception en particulier en cas de conflit durable entre les parents ou une impossibilité persistante de communiquer qui provoque des effets négatifs sur l'enfant, alors que l'octroi de l'autorité parentale à un seul des parents permettrait d'améliorer la situation. Il doit s'agir dans tous les cas d'un conflit important et durable. Les différends et les conflits qui surgissent dans chaque famille, en particulier lors d'une séparation ou d'un divorce ne peuvent justifier selon le nouveau droit, d'accorder l'autorité parentale à un seul des parents** (consid. 3.3).

En l'espèce, il existe un déficit de coopération qui s'accroît entre les parents en lien avec le départ de la mère et l'enfant au Qatar. Il ne se justifie pas de refuser l'autorité parentale conjointe lorsqu'un parent se contente d'affirmer que cette solution risque d'accroître le conflit. Le législateur n'a pas souhaité qu'un parent puisse invoquer un conflit de manière abstraite et justifier ainsi l'octroi de l'autorité parentale exclusive (consid. 3.4).

L'autorité parentale constitue un « droit-devoir » (*Pflichtrecht*). Cela signifie que les droits et obligations des parents sont étroitement liés et doivent s'exercer en fonction du bien de l'enfant. Les parents doivent entreprendre tout ce qui est nécessaire pour assurer le bon développement de leur enfant, dans la mesure de leurs possibilités. Afin de préserver l'enfant, les parents doivent s'efforcer de différencier d'une part, le conflit entre eux et, d'autre part, la relation parents-enfants. Les deux parents doivent s'appliquer à adopter un comportement coopératif au quotidien et fournir les efforts raisonnables afin de favoriser la communication mutuelle, sans quoi l'autorité parentale conjointe ne peut être exercée de manière efficace et ne sert pas l'intérêt de l'enfant.

Lorsque les parents ne respectent pas ces règles du jeu, l'enfant risque de se trouver dans un conflit de loyauté, comme c'est le cas en l'espèce (au départ, l'enfant a fait scrupuleusement attention à ne pas exprimer d'opinion en faveur de l'un ou l'autre parent ; compte tenu du conflit, elle a finalement réglé ses problèmes de loyauté en prenant le parti du parent gardien, tout en rejetant son père). Indépendamment de l'implication, voire l'instrumentalisation de l'enfant dans le litige de ses parents, un conflit de loyauté existe souvent en raison d'un manque de tolérance d'un ou des deux parents à l'égard du lien que l'autre noue avec l'enfant. **Il est en revanche unanimement reconnu que la relation entre l'enfant et ses deux parents est importante et joue un rôle déterminant dans la construction de l'identité d'un enfant.** Cette relation se développe non seulement dans le cadre de l'exercice du droit de visite, mais aussi à travers l'autorité parentale. Pour le bien de l'enfant, les deux parents ont le devoir de favoriser une bonne relation avec l'autre parent. Le parent gardien doit en particulier préparer de manière positive l'enfant aux visites, aux contacts par *Skype*, etc. Ces obligations sont étroitement liées à l'exercice du droit aux relations personnelles. Elles doivent être respectées afin de garantir une autorité parentale conjointe solide et orientée en fonction du bien de l'enfant. C'est pourquoi, le critère de la tolérance des liens de l'enfant avec l'autre parent peut être déterminant lors de l'attribution de l'autorité parentale (consid. 3.4).

Selon les constatations de fait du Tribunal cantonal, le conflit des parents a notamment éclaté en raison du départ de la mère au Qatar avec l'enfant. A juste titre, le père craignait la perte de contacts avec sa fille, alors que de son côté, la mère souhaitait vivre avec sa fille au Qatar, dans une communauté familiale formée avec son mari.

Jusqu'à la première décision de l'autorité de protection de l'enfant, il n'y a pas eu de preuves concrètes de l'existence d'un désaccord des parents sur des questions fondamentales et insurmontables relatives au bien de l'enfant (abstraction faite du lieu de séjour). Dans son recours – et pour autant que cela soit admissible au regard de l'art. 99 al. 1 LTF – la mère ne mentionne aucun incident concret. Elle parle plutôt (de manière abstraite) de la crainte d'une extension du conflit, ce qui ne suffit pas en soi à écarter la règle générale de l'autorité parentale conjointe. En outre, les querelles découlant d'une procédure judiciaire ne justifient pas en tant que telles, l'octroi de l'autorité parentale à un seul des parents. Enfin, il n'est pas pertinent de savoir si les parents sont mariés ou s'ils ont vécu en ménage commun, dans la mesure où le nouveau droit de l'autorité parentale vise notamment à permettre une égalité de traitement entre les parents, indépendamment de ces questions (consid. 3.5).

Au vu de ce qui précède, les conditions pour l'attribution de l'autorité parentale exclusive à un parent ne sont pas réunies. Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

II. Analyse

La première question juridique examinée par le Tribunal fédéral est celle de la compétence des tribunaux suisses en vertu du droit international privé.

Le litige concerne le sort d'un enfant qui déménage au Qatar en cours de procédure. L'art. 1 LDIP exige d'examiner préalablement l'application d'éventuels traités internationaux.

En matière de protection de l'enfant, le Qatar n'a pas signé de traités internationaux avec la Suisse. Le Tribunal fédéral se réfère dès lors à l'art. 85 LDIP pour déterminer sa compétence. Cette disposition renvoie à la CLaH96 en ce qui concerne la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Selon le Tribunal fédéral, **le renvoi de l'art. 85 LDIP se limite à la question de compétence, mais ne s'étend pas à la règle de *perpetuatio fori***. En effet, lorsque la résidence d'un enfant est transférée dans un Etat qui n'est pas partie à la convention, la continuité du régime juridique et des mesures de protection de l'enfant n'est pas garantie. Cette situation justifie de maintenir l'instance en cours, afin de protéger les intérêts de l'enfant. Ce principe garantit également la protection des intérêts du parent resté dans le pays de l'ancien domicile de l'enfant, comme c'est le cas en l'espèce, compte tenu des difficultés pratiques liées à la mise en œuvre d'une procédure de droit de la famille dans un autre pays que celui de son domicile, de surcroît non signataire de la convention.

En revanche, si la mère s'était installée dans un pays signataire de la CLaH96, comme par exemple l'Allemagne ou l'Australie, les autorités suisses auraient dû se dessaisir en faveur du pays de la nouvelle résidence de l'enfant, en application de l'art. 5 CLaH96, sous réserve de l'art. 7 CLaH96 (en cas de déplacement ou non-retour illicite de l'enfant, il faut en principe au moins un an avant de reconnaître la compétence des autorités de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, ou alors un acquiescement au déplacement ou non-retour d'une institution ou un autre organisme ayant le droit de garde ; voir not. ANDREAS BUCHER, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, La famille dans les relations transfrontalières, Actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux, 7^e symposium en droit de la famille, Fribourg 2013, p. 64).

Dans la mesure où les autorités suisses sont habilitées à examiner l'affaire en application des règles du droit international privé, il appartient au Tribunal fédéral de se prononcer sur l'octroi de l'autorité parentale conjointe.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé que l'autorité parentale conjointe devait être accordée aux deux parents dès le 1^{er} juillet 2014. Il a notamment relevé qu'aucun des deux parents ne s'est fondé sur le remariage de la mère ou son départ au Qatar pour contester cette décision. Selon les considérants du Tribunal fédéral, la mère se fonde sur le conflit potentiel entre les parents pour justifier l'octroi de l'autorité parentale exclusive sur son enfant.

Il paraît en effet justifié que les allégations d'un parent relatives à l'existence d'un conflit potentiel ne soient pas suffisantes pour justifier d'attribuer l'autorité parentale à un seul parent. La question semble en revanche plus délicate lorsqu'il s'agit d'examiner l'autorité parentale conjointe suite au départ d'un parent dans un pays éloigné. Selon le Tribunal fédéral, le départ de la mère au Qatar ou son remariage n'apparaissent à première vue pas constituer des motifs suffisants pour refuser l'autorité parentale conjointe.

Or cette affirmation n'est pas anodine. En effet, conformément à l'art. 298b al. 2 CC, il y a lieu d'instaurer l'autorité parentale conjointe à moins que le bien de l'enfant ne commande de l'attribuer à un seul des parents.

[Le rapport relatif à l'avant-projet de révision du Code civil \(autorité parentale\) et du Code pénal \(art. 220\)](#) de janvier 2009 mettait en évidence que certaines situations étaient susceptibles de faire apparaître d'emblée une impossibilité d'exercer l'autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant. Parmi les exemples cités, figurait notamment le fait pour les parents, de vivre très éloignés l'un de l'autre (rapport précité, p. 22). Cet exemple n'a pas été repris dans le [Message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011](#) concernant la modification du Code civil suisse (autorité parentale), dans lequel le Conseil fédéral semblait mentionner que les critères permettant de refuser l'autorité parentale devaient correspondre à ceux définis à l'art. 311 CC.

Or, dans son arrêt sous référence 5A_923/2014 destiné à la publication, le Tribunal fédéral a considéré que d'autres motifs que ceux mentionnés à l'art. 311 CC pouvaient justifier l'attribution exclusive de l'autorité parentale à un des parents (arrêt 5A_923/2014 précité, consid. 4.5). A première vue, si d'autres motifs que ceux figurant à l'art. 311 CC peuvent justifier de s'écarter du principe de l'autorité parentale conjointe, le déménagement d'un parent dans un pays éloigné de l'autre devrait justifier une analyse plus approfondie de l'opportunité de conserver une autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant. En effet, malgré les moyens de communication actuels, l'exercice effectif de l'autorité parentale par le parent domicilié dans un Etat éloigné de celui de l'enfant semble difficile à mettre en œuvre, de surcroît lorsque le parent une fois parti avec l'enfant ne favorise pas la communication avec l'autre parent. Il apparaît relativement aisé d'imaginer les obstacles que rencontrera en l'espèce le père dans l'exercice de son autorité parentale : il devra préalablement prouver qu'il détient l'autorité parentale conjointe à travers la certification et la traduction des documents suisses pour les autorités du Qatar. Dans un deuxième temps, il devra essentiellement compter sur la bonne volonté de la mère pour obtenir les informations liées à l'éducation, la scolarisation ou encore les loisirs de sa fille. A défaut d'une telle coopération, le père devra examiner l'opportunité de mandater un avocat au Qatar afin de faire valoir son droit à l'information et à prendre part aux décisions découlant de l'autorité parentale. Or cette démarche pose sans aucun doute son lot de difficultés liées notamment à la connaissance du pays ou de la langue, sans compter la question financière, ni le fait que de tels droits lui soient effectivement reconnus au Qatar.

Du point de vue de l'intérêt de l'enfant, si l'autorité parentale conjointe était reconnue au Qatar, l'ensemble des démarches administratives liées à l'enfant pourrait également présenter des

difficultés, en cas de nécessité d'obtenir systématiquement l'accord du père lors des démarches liées au domicile ou à la scolarisation de l'enfant.

Dans son résultat, la décision d'octroyer l'autorité parentale conjointe semble difficile à mettre concrètement en œuvre. Comme le mentionne le Tribunal fédéral, elle constitue néanmoins une mesure nécessaire pour permettre de conserver un dernier lien formel avec l'enfant lorsque les relations personnelles ne peuvent plus s'exercer normalement, comme c'est le cas en l'espèce, avec un départ à l'étranger de l'enfant, mais plus généralement lorsque le maintien des contacts avec l'enfant devient difficile.

En ce sens, cette décision du Tribunal fédéral doit être saluée et permet de contrebalancer les effets de la décision controversée rendue dans l'arrêt 5A_923/2014 destiné à la publication, dans laquelle le Tribunal fédéral a considéré que le conflit important des parents et l'absence de communication entre eux justifiaient d'octroyer l'autorité parentale à un seul parent.

La comparaison de ces deux décisions semble toutefois mettre en lumière une nuance pas toujours évidente des critères permettant de refuser l'autorité parentale conjointe. Cette situation peut conduire à une certaine insécurité juridique. Or, dans un domaine aussi délicat que le droit de la famille, la sécurité juridique est indispensable. A notre sens, cette sécurité passe par une application stricte des critères permettant de refuser l'autorité parentale conjointe, en se limitant aux conditions mentionnées à l'art. 311 CC.

La doctrine majoritaire semble pour l'instant se rallier à la position du Tribunal fédéral qui consiste à admettre que d'autres critères que ceux de l'art. 311 CC permettent de s'écarter du principe de l'autorité parentale conjointe : PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI (Résumé de jurisprudence, filiation et protection de l'adulte, juillet à octobre 2015, RMA 2015 p. 413) considèrent que la position du Tribunal fédéral dans l'arrêt 5A_923/2014 est convaincante. Selon GUILLAUME CHOFFAT (Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe : une promesse déçue ?, SJ 2015 II 167) l'arrêt précité peut faire craindre un retour au paradigme qui prévalait sous l'ancien droit, mais laisse entendre que les critères développés par le Tribunal fédéral sont suffisamment nuancés pour ne pas remettre en question ce nouveau droit. NOEMIE HELLE (Vers une prime au conflit parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2015) considère de son côté que l'arrêt du Tribunal fédéral « ouvre une porte sur une prime au conflit » dans la mesure où l'un des parents peut se voir attribuer l'autorité parentale exclusive « grâce » à la non-résolution du conflit.

Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà rendu deux autres arrêts en lien avec le refus d'accorder l'autorité parentale conjointe en cas de conflit entre les parents, tout en l'attribuant exclusivement à la mère : TF 5A_926/2014 et TF 5A_412/2015. Dans les deux cas, le père mettait en évidence les torts de la mère et sa responsabilité dans la rupture des contacts avec l'enfant, sans que les arguments des pères ne soient retenus par le Tribunal fédéral. Les litiges portaient ainsi essentiellement sur la mise en œuvre du droit aux relations personnelles avec le père. Dans un certain sens, les situations mentionnées peuvent être comparées au cas d'espèce, puisque le souhait des pères d'obtenir l'autorité parentale conjointe est étroitement lié aux difficultés de mise en œuvre du droit aux relations personnelles. Dans toutes ces affaires, le Tribunal fédéral aurait pu considérer que l'octroi de l'autorité parentale conjointe constituait un élément important permettant le maintien d'un lien avec l'enfant, nonobstant les difficultés de mise en œuvre du droit aux relations personnelles. Le Tribunal fédéral met d'ailleurs en évidence au considérant 3.4 du présent arrêt, l'importance, pour l'enfant, d'avoir des liens avec ses deux parents, comme élément nécessaire à la construction de son identité. En octroyant systématiquement l'autorité parentale conjointe aux deux parents, sous réserve des critères de l'art. 311 CC, le Tribunal fédéral contribuerait peut-être à favoriser indirectement le maintien des relations personnelles entre les deux parents et l'enfant, tout en limitant les litiges relatifs au sort des enfants.