

## L'autorité parentale conjointe et le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_945/2015 du 7 juillet 2016

Magalie Wyssen, Sabrina Burgat

### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt du 7 juillet 2016 destiné à la publication, le Tribunal fédéral examine en particulier quels sont les critères qui doivent être pris en considération pour autoriser un changement du lieu de résidence de l'enfant à l'étranger, en application de l'art. 301a al. 2 CC, entré en vigueur au 1er juillet 2014.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

A. (la mère) et B. (le père) sont les parents non mariés de C., née en 2009. Les parents vivent séparés depuis 2010. Ils exercent conjointement l'autorité parentale sur leur enfant. Depuis l'entrée de C. au jardin d'enfants, les parents se partagent sa garde.

En mars 2015, la mère fait part à l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Berne de son intention de partir s'établir en Espagne avec l'enfant. Le père indique à cette autorité qu'il s'oppose à ce départ. Par décision du 10 juin 2015, l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte rejette la demande de la mère. Cette décision est confirmée en date du 21 octobre 2015 par la section civile de la Cour suprême du canton de Berne.

Le 26 novembre 2015, la mère interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision. Elle conclut en premier lieu à être autorisée à s'établir en Espagne avec l'enfant. Subsidiairement et au besoin, elle conclut à ce que cette autorisation soit assortie de conditions, et plus subsidiairement encore à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité inférieure. Appelée à se prononcer, l'Autorité inférieure conclut au rejet du recours dans sa prise de position du 25 avril 2016. Le père en fait de même dans son mémoire du 9 mai 2016.

Le recours a été traité en audience publique du 7 juillet 2016. Après délibérations, les juges se sont prononcés en faveur du rejet du recours.

## B. Le droit

Se fondant sur le jugement de l'autorité inférieure, le Tribunal fédéral confirme que le changement du lieu de résidence de l'enfant doit être autorisé lorsqu'il ne nuit pas au bien de l'enfant. Il relève cependant que la littérature et la jurisprudence se fondent, d'une manière générale, sur des cas dans lesquels le parent qui souhaite déménager est seul détenteur de l'autorité parentale, ou tout du moins dispose de la garde de fait de l'enfant, alors que l'autre parent ne dispose que d'un droit de visite. Dans ces hypothèses, seule une mise en danger de l'enfant est susceptible d'empêcher le déménagement, au risque sinon, de limiter de manière disproportionnée et infondée la liberté d'établissement du parent souhaitant déménager. Cela permettrait en outre au parent non-détenteur de l'autorité parentale, par son refus, de rendre pratiquement impossible un déménagement de l'enfant.

Le Tribunal fédéral relève la particularité du cas d'espèce, puisqu'on se trouve en présence de parents détenteurs de l'autorité parentale conjointe et qui se sont jusqu'alors entendus pour se partager par moitié la garde de l'enfant. Dans cette situation, les intérêts des parents sont à considérer sur un pied d'égalité, chacun étant codétenteur de l'autorité parentale et de la garde de fait. Dans une telle constellation, l'équilibre de l'enfant sera de toute manière perturbé : soit il partira vivre avec sa mère à l'étranger, donc dans un milieu jusqu'alors inconnu, soit il restera vivre avec son père, mais verra son quotidien et les modalités de sa garde être modifiés. Dans une telle situation, il convient de trouver la solution la plus adéquate pour l'enfant, celle qui offre, en fonction des circonstances, les meilleures garanties d'un point de vue psychique, physique et social.

Dans le cas d'espèce, un rapport rendu par F., indique que les capacités éducatives de chacun des parents sont bonnes et qu'il n'y a pas à craindre une mise en danger de l'enfant, ceci indépendamment du fait de savoir avec qui l'enfant vivra. Ce rapport retient toutefois que le transfert du domicile en Espagne est risqué et précaire, car ni l'enfant ni la mère ne parlent la langue du pays et elles ne possèdent pas la nationalité espagnole. En outre, la relation de la mère avec sa nouvelle partenaire ne peut encore être qualifiée de stable. Enfin, la mère n'a pas encore trouvé d'emploi en Espagne. Le rapport relève qu'il faut également tenir compte de la situation financière précaire du père et de son avenir professionnel encore peu défini, l'évolution de ces circonstances pouvant toutefois être surveillée grâce à des mesures adéquates, telle une curatelle. La mère estime que l'Autorité de protection de l'enfant a accordé trop d'importance à ce rapport et qu'elle a omis de tenir compte d'éléments pertinents prépondérants (**consid. 2**).

Le Tribunal fédéral examine en premier lieu le grief de la mère selon lequel l'Autorité de protection de l'enfant s'en serait tenue trop rigoureusement au rapport de F., alors que le père ne s'est pas présenté personnellement, ni en première instance, ni deuxième instance, de telle sorte que le principe d'égalité des armes n'aurait pas été respecté. Le Tribunal fédéral balaie cet argument en indiquant qu'il n'est pas possible de faire valoir les intérêts d'un tiers au procès (**consid. 3.1**).

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur l'argumentation de la mère, selon laquelle l'Autorité de protection de l'enfant aurait dû tenir compte des circonstances ayant prévalu dès la naissance de l'enfant et non pas uniquement de celles qui existaient au moment de sa prise de décision. La mère fait ainsi valoir que l'Autorité de protection de l'enfant aurait dû retenir comme prépondérant le fait qu'à la naissance de l'enfant et dans les premiers mois de sa vie,

elle s'en était occupée seule, le père résidant alors en Allemagne. Le Tribunal fédéral rappelle à cet égard que la situation de fait que l'Autorité avait à examiner était effectivement celle qui existait au moment de sa décision. Or, à cette époque l'autorité parentale était exercée conjointement et les parents se partageaient par moitié la garde de l'enfant. Le fait que cette solution n'ait pas toujours été la solution retenue par les parents importe peu, puisque seule la situation de fait qui prévaut au moment de la prise de décision est déterminante (**consid. 3.3**).

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur le grief de la mère selon lequel l'Autorité de protection de l'enfant n'aurait pas apprécié correctement l'art. 301a CC. Selon la mère, l'interprétation que l'Autorité de protection a faite de cette disposition ne correspondrait pas au sens, ni au but souhaité par le législateur. Le Tribunal fédéral rappelle que depuis la révision du Code civil, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014, l'autorité parentale conjointe est la règle, ceci également pour les parents séparés ou non mariés. En outre, alors que sous l'empire de l'ancien droit, le fait de déterminer le lieu de vie de l'enfant faisait partie intégrante du droit de garde, la loi prévoit désormais que la détermination du lieu de résidence de l'enfant est un attribut de l'autorité parentale. Par conséquent, lorsqu'un parent codétenteur de l'autorité parentale souhaite déménager avec l'enfant à l'étranger, il doit obtenir le consentement de l'autre parent, cas échéant l'accord de l'autorité de protection de l'enfant (**consid. 4.1**).

Le Tribunal fédéral revient sur la genèse de l'art. 301a CC. Dans son message, le Conseil fédéral ne traitait pas seulement de la question du changement du lieu de résidence de l'enfant, mais également de celle du parent. Dans le but de respecter la liberté d'établissement du parent ou de ne pas la limiter de manière trop restrictive, le Parlement s'est contenté d'exiger l'accord de l'autre parent au changement du lieu de résidence de l'enfant. C'est ainsi que l'art. 301a al. 2 CC est formulé (**consid. 4.2**).

Compte tenu de ce qui précède, lorsque l'autorité est confrontée à l'application de l'art. 301a al. 2 CC, la question à trancher n'est pas de savoir s'il serait préférable pour l'enfant que ses deux parents résident dans le même pays, mais bien plutôt de déterminer quelle solution garantira au mieux ses intérêts, à savoir : soit partir vivre avec le parent qui souhaite déménager, soit rester avec le parent qui s'oppose au déménagement. Cette question doit être examinée en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et des adaptations nécessaires au sens de l'art. 301a al. 5 CC (autorité parentale, garde, relations personnelles et contribution d'entretien). Le bien de l'enfant est un principe directeur fondamental qui doit guider en premier lieu les autorités lorsqu'elles ont à traiter des affaires relatives à un enfant. Ce principe jouit à cet égard du statut constitutionnel (**consid. 4.3**).

Le Tribunal fédéral considère finalement que les critères qu'il a développés s'agissant de l'attribution de la garde dans le contexte des procédures de séparation et de divorce peuvent être repris lors de l'application de l'art. 301a CC. Ainsi, comme dans toutes les procédures relatives aux droits parentaux, il faut déterminer quelle est la solution qui sert au mieux le bien de l'enfant, compte tenu des relations personnelles entretenues jusqu'alors, des capacités éducatives de chaque parent, des disponibilités respectives des parents, de leur possibilité de s'occuper personnellement de l'enfant et des besoins de l'enfant garantissant un développement harmonieux, notamment s'agissant de la stabilité nécessaire des conditions de vie (**consid. 4.4**).

Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a relevé que les parents étaient codétenteurs de l'autorité parentale et s'étaient jusqu'alors partagé la garde de l'enfant. Il a retenu que les capacités éducatives des parents étaient similaires, de même que leurs disponibilités respectives en cas de déménagement de la mère (celle-ci estime qu'elle pourra travailler à 60 % et le père indique qu'il poursuivra une activité à un taux de 70 – 80 %). Partant, les deux parents devraient faire appel à un soutien externe pour s'occuper de l'enfant. En outre, compte tenu de son âge, l'adaptation de l'enfant à une nouvelle situation ne lui serait pas préjudiciable. Le Tribunal fédéral examine ensuite l'environnement de l'enfant en cas de déménagement et retient que le cadre de vie que pourrait lui offrir la mère en Espagne est moins stable que celui que pourrait lui offrir le père en Suisse, quand bien même ce dernier est momentanément sans emploi. Le Tribunal s'appuie sur le fait que la relation de la mère avec sa nouvelle partenaire ne peut encore être considérée comme durable et que c'est le seul lien qu'elle entretient avec l'Espagne. L'enfant devrait donc s'adapter à un milieu avec lequel elle ne partage pas la langue et n'a pas de liens familiaux. De plus, la mère n'a, pour l'heure, pas d'emploi en Espagne, et on ne peut dès lors pas affirmer qu'elle pourra offrir un avenir économiquement stable à sa fille. Le Tribunal fédéral estime que dans ce contexte, un risque élevé existe que la mère revienne s'installer en Suisse, avec comme conséquence, un aller et retour peu compatible avec le besoin de stabilité de l'enfant. Ces circonstances, eu égard au bien de l'enfant, penchent en faveur du maintien de son lieu de résidence actuel (**consid. 4.6**).

### III. Analyse

Cet arrêt permet d'examiner une problématique de plus en plus fréquente, compte tenu de la nouvelle législation prévoyant l'autorité parentale conjointe qui implique le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral profite dans premier temps de rappeler que depuis la révision du Code civil entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014, l'autorité parentale conjointe est la règle, ceci également pour les parents séparés ou non mariés. En outre, alors que sous l'empire de l'ancien droit, le fait de déterminer le lieu de vie de l'enfant faisait partie intégrante du droit de garde, la loi prévoit désormais que la détermination du lieu de résidence de l'enfant est un attribut de l'autorité parentale en vertu de l'art. 301a al. 1 CC.

Selon le Tribunal fédéral, la question du changement du lieu de résidence de l'enfant doit être analysée sur la base de l'art. 301a al. 2 CC, lequel prévoit qu'un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge, si le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ou si le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent ou pour les relations personnelles. La nouvelle réglementation place dès lors le parent non détenteur de la garde de fait dans une meilleure situation que sous l'ancien droit, puisqu'il peut, sous certaines conditions, s'opposer à un déménagement de l'enfant. Dans une telle situation, le parent codétenteur de l'autorité parentale qui déménage à l'étranger sans l'accord de l'autre parent ou de l'autorité compétente se rend coupable d'un déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH 80.

L'application de l'art. 301a CC exige de procéder en trois étapes :

Premièrement, il convient de déterminer si le déménagement d'un parent exige l'accord de l'autre parent ou de l'autorité parentale. Cet accord sera nécessaire en cas de déménagement à l'étranger (art. 301a al. 2 let. a CC) ou en cas de conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (art. 301 al. 2 let. b CC).

Deuxièmement, en cas de réponse affirmative, il s'agit d'examiner si le déménagement peut être autorisé au regard du bien de l'enfant.

Compte tenu d'un arrêt plus récent du Tribunal fédéral sous référence 5A\_581/2015, une troisième étape est nécessaire : il convient d'adapter la réglementation relative à l'autorité parentale et aux relations personnelles, compte tenu du déménagement, ceci conformément à l'art. 301a al. 5 CC.

*a) La nécessité de l'accord de l'autre parent ou de l'autorité*

Dans le cas d'espèce, la mère se devait d'obtenir l'accord de l'Autorité de protection de l'enfant pour déménager avec son enfant en Espagne, en application de l'art. 301 al. 2 let. a CC, puisqu'il s'agissait d'un déménagement à l'étranger. Le changement du lieu de résidence de l'enfant pour l'étranger requiert dans tous les cas le consentement de l'autre parent ou de l'autorité, même en l'absence de conséquences importantes pour l'exercice des droits parentaux de l'autre parent (TF 5A\_450/2015 destiné à la publication ; voir également TF 5A\_985/2015).

Lorsque le déménagement implique un changement de résidence de l'enfant à l'intérieur du territoire suisse, le consentement du parent ou de l'autorité est nécessaire, en cas de « conséquences importantes ». Elles existent, au sens de l'art. 301 al. 2 let. b CC, lorsque le déplacement du lieu de résidence de l'enfant touche au mode de prise en charge pratiqué jusqu'alors (cf. TF 5A\_581/2015). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que, lors d'un déménagement, il convient d'examiner si la prise en charge de l'enfant peut se poursuivre de la même manière ou avec de minimes adaptations, ou si elle doit être sensiblement modifiée (TF 5A\_581/2015 précité, consid. 2.4.1).

A ce stade de la réflexion, les modalités de la prise en charge de l'enfant existantes au moment de la requête sont déterminantes. Plus « l'autre parent » est impliqué dans la prise en charge de l'enfant, notamment par un droit de visite élargi ou par le fait d'amener et aller chercher l'enfant à l'école (ou la crèche), plus il conviendra d'admettre que le déménagement a des « conséquences importantes » au sens de l'art. 301a al. 2 let. b CC.

Au vu de la tendance actuelle visant à élargir les relations personnelles de l'enfant avec ses deux parents (voir par exemple TF 5A\_207/2011), tout porte à croire que les autorités seront fréquemment amenées à appliquer l'art. 301a CC.

*b) L'autorisation de déménager au regard du bien de l'enfant*

Devant se prononcer sur le bien-fondé ou non du refus de l'autorité de protection de l'enfant de donner son consentement au déménagement d'un enfant, le Tribunal fédéral évoque les critères dont il faut tenir compte dans l'examen d'une telle situation.

Il confirme tout d'abord que comme dans toutes les situations relatives aux droits parentaux, le principe directeur qui doit guider l'autorité est celui du bien de l'enfant, les intérêts respectifs des parents étant relégués au second plan (il s'était déjà prononcé de la sorte dans un arrêt du 26 mai 2015, 5A\_46/2015 consid. 4.5).

Pour déterminer plus précisément les critères permettant d'évaluer le bien de l'enfant, le Tribunal fédéral renvoie à la jurisprudence qu'il a développée à ce jour s'agissant de l'attribution de la garde dans le contexte des procédures de séparation et de divorce et indique qu'elle peut être reprise lors de l'application de l'art. 301a CC.

Ainsi, l'autorité compétente devra examiner quelle est la solution qui sert au mieux le bien de l'enfant, compte tenu des relations personnelles entretenues jusqu'alors, des capacités éducatives de chaque parent, des disponibilités respectives des parents, de leurs possibilités de s'occuper personnellement de l'enfant et des besoins de l'enfant visant un développement harmonieux, notamment s'agissant de la stabilité nécessaire de ses conditions de vie (cf. notamment à ce sujet TF 5A\_375/2008 consid. 2).

Lors de cet examen, l'interdépendance des liens entre l'enfant et ses parents conduit à examiner de manière spécifique la situation personnelle et professionnelle de chaque parent, afin d'analyser le futur environnement de l'enfant. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, les arrêts rendus jusqu'ici par le Tribunal fédéral semblent mettre en évidence la prépondérance du critère de la stabilité :

- a. Lorsque le parent qui souhaite déménager est celui qui s'occupait principalement ou exclusivement de l'enfant, on peut partir de l'idée que le bien de l'enfant commande qu'il suive le parent gardien et que les relations personnelles soient adaptées en conséquence. Le Tribunal fédéral semble ainsi accorder un poids prépondérant au maintien de la prise en charge qui prévalait jusqu'au moment du déménagement souhaité, afin de respecter le besoin de stabilité de l'enfant (cf. notamment TF 5A\_450/2015 ; s'agissant plus précisément du critère de stabilité cf. TF 5A\_375/2008).
- b. En cas de prise en charge de l'enfant plus équilibrée entre les parents, l'intérêt de l'enfant conduit à examiner les circonstances entourant le déménagement : lorsque le déménagement s'effectue dans le pays d'origine du parent souhaitant déménager, l'intérêt de l'enfant conduit en principe à admettre le déménagement avec le parent qui présente une disponibilité pour s'occuper de l'enfant. Cela s'explique par le fait que dans ces circonstances, l'adaptation de l'enfant sera généralement facilitée par sa connaissance de langue et de la culture du pays, mais également par le fait qu'il puisse y tisser des liens familiaux. Dans ces conditions, le bien de l'enfant paraît être respecté (cf. consid 4.5 ; également TF 5A\_483/2011).
- c. Lorsqu'un parent déménage dans un milieu qui ne lui est pas familier et dans lequel il n'a pas de liens particuliers, on aura plutôt tendance à concevoir qu'il s'agit d'un déracinement trop important pour l'enfant, ceci d'autant plus s'il ne parle pas la langue du pays de destination et n'y a aucune famille. Pour autant que le parent qui reste soit disponible pour s'occuper de l'enfant, comme dans le cas d'espèce, le déménagement est susceptible d'être refusé.

Malgré ces tendances qui peuvent se dégager un peu plus de deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit, les autorités ne pourront échapper à un examen de la situation au cas par cas, en gardant à l'esprit, le principe directeur du bien de l'enfant.

*c) L'examen de l'adaptation de l'autorité parentale, la garde ou le droit de visite*

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 5A\_581/2015), lorsqu'elle statue sur un déménagement, l'autorité doit examiner si une adaptation de l'autorité parentale, de la garde ou du droit de visite est nécessaire. En général, il n'est pas possible de dissocier cet élément de la question du départ de l'enfant.

La question de l'adaptation de la réglementation consécutive à une décision réglant le déménagement d'un enfant doit également être réglée en fonction du bien de l'enfant et dépendra notamment de la nouvelle distance entre les parents, de l'organisation scolaire de l'enfant, ou encore de l'emploi du temps des parents, afin de privilégier la prise en charge personnelle de l'enfant par ses parents, lorsque cela est possible et dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, en cas d'impossibilité d'organiser le droit de visite usuel à raison d'un week-end sur deux, le partage des vacances scolaires pourra s'effectuer en faveur du parent non gardien (voir les exemples mentionnés par le Tribunal fédéral, TF 5A\_450/2015).

Finalement, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral nous rappelle l'importance des critères développés jusqu'ici, en lien avec le sort des enfants en cas de désaccord des parents. Cette affaire met également en lumière la marge d'appréciation des tribunaux lorsqu'ils sont amenés à appliquer concrètement ces différents critères, en fonction du cas d'espèce. Malheureusement, lorsque le Tribunal fédéral est amené à trancher des décisions aussi importantes que celle du choix du lieu de résidence de l'enfant en lieu et place des parents, la décision ne peut être qu'insatisfaisante pour l'ensemble de la famille. Cela signifie en effet que les parents ne sont pas parvenus à s'entendre sur le sort de l'enfant, et notamment sur la meilleure manière de garantir son bien-être. Dès lors, toute décision qui sera imposée à l'un des parents se fera au détriment d'un environnement familial serein, pourtant nécessaire au bon développement de l'enfant. Il reste dès lors à espérer que la majorité des cas pourra se résoudre d'entente entre les parents, en dehors de tout conflit judiciaire préjudiciable à l'enfant.