

NE_GERICHTE CMPEA.2017.14 vom 5. September 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-09-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CMPEA.2017.14

FR: NE_GERICHTE CMPEA.2017.14 du 5 septembre 2017

IT: NE_GERICHTE CMPEA.2017.14 del 5 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, par une personne ayant qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 450 ss CC, auxquels renvoie l'art. 314 CC).

E. 2

La procédure de recours est régie par la maxime d'office et par la maxime inquisitoire (Bohnet, Autorités et procédure en matière de protection de l'adulte, in : Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Bâle 2012, p. 91 N 175 s.). La Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait comme en droit (art. 450a CC).

E. 3

L'article 450c CC stipule que le recours est suspensif, à moins que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou l'instance judiciaire de recours n'en décide autrement. Aux termes de l'article 22 de la Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LAPEA), l'a présidente ou le président de la CMPEA, de même que le juge chargé de l'administration des preuves, est compétent pour prendre les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée de la procédure. La décision accordant l'effet suspensif, comme celle d'exécution provisoire ou de retrait de l'effet suspensif, est une décision de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (arrêt du TF du 30.03.2012 [5D_211/2011] cons. 1.2). Le président de la CMPEA était, par conséquent, compétent pour confirmer l'effet suspensif du recours du 27 avril 2017.

E. 4

a) L'intimée, qui n'a pas déposé de recours dans le délai légal contre la décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte du 20 mars 2017, s'oppose à l'irrecevabilité de ce qu'elle a appelé un « appel joint ». b) Selon la doctrine, si le seul moyen de contester les décisions de l'autorité de protection de l'enfant est le recours, on ne peut cependant pas établir une relation directe avec le recours en procédure civile (Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, p. 792, n. 19.4 ; Steck, CommFam, n. 5 ad art. 450). Si les parties à la procédure n'attaquent pas la décision dans le délai de recours, celle-ci devient exécutoire (Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, op. cit., p. 813, Steck, op. cit, n. 9 ad art. 450b). La procédure devant l'autorité judiciaire de recours se détermine en premier lieu selon les dispositions du Code civil (art. 450 ss CC) et celles du droit cantonal (art. 20 ss LAPEA). Ni le code civil, ni le droit cantonal ne connaissent l'institution du recours joint en matière de protection de l'enfant. c) Dès lors, si l'intimée entendait contester la décision de première instance, elle devait agir dans le délai de recours de l'art. 450b CC. A défaut, elle ne peut, dans ses déterminations sur le recours, que proposer l'irrecevabilité et/ou le rejet, en tout ou partie, de celui-ci. Dans la mesure où elles vont au-delà, les conclusions

prises dans sa réponse sont irrecevables. C'est donc à juste titre que le président de la CMPEA a déclaré irrecevables les conclusions 3 à 9 du mémoire d'appel joint déposé par l'intimée et de son complément du 5 juin 2017.

E. 5

a) La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale et prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes relativement égales (Burgat , Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux, in : Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016, p. 121). Avec la modification du droit à l'entretien de l'enfant, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017, le nouvel article 298 al. 2^{ter} prévoit expressément que le juge devra examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande (idem , op. cit., p. 121). Par conséquent, en présence d'une autorité parentale exercée en commun, les tribunaux devront examiner la possibilité d'organiser une garde alternée même lorsqu'un seul des parents le demande (Message concernant la révision du code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2014, p. 547). b) Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt de principe au sujet de la garde partagée (ATF 142 III 617 cons. 3.2.1 ss ; voir aussi arrêt du TF du 04. 05.2017 [5A_34/2017] cons. 5 ss). Il y expose ce qui suit : « 3.2.2. (...) Dans le nouveau droit, la notion de « droit de garde » (Obhutsrecht) - qui se définissait auparavant comme la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 consid. 4a) - a été remplacée par le « droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant » (Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen), qui constitue une composante à part entière de l'autorité parentale (cf. art. 301a al. 1 CC). La notion même du droit de garde étant abandonnée au profit de celle du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, le générique de « garde » (Obhut) se réduit désormais à la seule dimension de la « garde de fait » (faktische Obhut), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5^e éd., 2014, n° 462 p. 308 et n° 466 p. 311; SCHWENZER/COTTIER, Basler Kommentar, 5^e éd., 2014, n° 4 ad art. 298 CC p. 1634; DE WECK-IMMELÉ, in Droit matrimonial, Commentaire pratique, Bâle 2016, n° 195 ad art. 176 CC). 3.2.3. 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; ATF 142 III 56 consid. 3; 142 III 1 consid. 3.3 et les références), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée (arrêts du 24.06.2015 [5A_266/2015] consid. 4.2.2.1 ; du 26.05.2015 [5A_46/2015] consid. 4.4.3). Invité à statuer à cet égard, le juge doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant (arrêt du 06.10.2015 [5A_527/2015] consid. 4). Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux (ATF 141 III 328 consid. 5.4 p. 340), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5 p. 212). 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, in FamRZ 2015, p.

2018 ss). Le juge doit en effet 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. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, 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. A cet égard, 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 pourrait apparaître contraire à son intérêt. Il faut également tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de la stabilité qu'apporte 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, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de ce dernier et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social (cf. arrêts du 26.05.2015 [5A_46/2015] consid. 4.4.2 et 4.4.5; du 04.08.2014 [5A_345/2014] consid. 4.2). Il faut également prendre en considération 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. Sur ce point, il appartiendra au juge du fait, qui établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC et art. 314 al. 1 en relation avec l'art. 446 CC), de déterminer dans quelle mesure l'intervention d'un spécialiste, voire l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale ou d'une expertise, est nécessaire pour interpréter le désir exprimé par l'enfant et notamment discerner s'il correspond à son désir réel. Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisse nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation. 3.2.4. Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent. 3.2.5. Pour apprécier ces critères, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 115 II 317 consid. 2 et 3 p. 319; arrêts du 04.05. 2015 [5A_848/2014] consid. 2.1.2; 24.06.2015 [5A_266/2015] précité consid. 2.4; [5A_266/2015] précité consid. 4.2.2.2). Le Tribunal fédéral n'intervient que s'il s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération (ATF 132 III 97 consid. 1 p. 99 et les références) » . c) La

doctrine (Céline de Weck-Immelé , in : CPra Matrimonial, n. 196-203 ad art. 176 CC, avec de nombreuses références) rappelle en outre – au sujet de l’attribution de la garde à un parent, mais selon des réflexions qui peuvent s’appliquer mutatis mutandis au cas de la garde partagée – que la faute ne joue aucun rôle dans l’attribution de la garde d’un enfant. L’autorité examine les capacités éducatives des parents, l’aptitude à prendre soin de l’enfant étant un critère prépondérant, comme la capacité de faire face aux responsabilités, à la position et à l’image de modèle que le parent en charge de l’éducation doit présenter. A cet égard, on peut par exemple tenir compte d’une éventuelle toxicodépendance, consommation excessive d’alcool, impulsivité ou instabilité d’humeur, ou encore de l’intransigeance ou de l’égoïsme d’un des parents. Lorsque les capacités éducatives sont équivalentes, les enfants en bas âge ou en âge de scolarité sont attribués au parent qui présente les meilleures dispositions ou la volonté de s’occuper personnellement de l’enfant. L’aptitude d’un parent à coopérer avec l’autre dans l’éducation de l’enfant et à favoriser les contacts avec l’autre parent doit aussi être prise en compte. Lorsque les deux parents présentent ces qualités de manière équivalente, la stabilité familiale et géographique constitue un élément déterminant et le critère de stabilité peut primer sur le critère de la disponibilité. Il faut choisir la solution qui est la mieux à même d’assurer à l’enfant la stabilité des relations et une continuité dans l’éducation nécessaires à un développement harmonieux. Si le juge ne peut se contenter d’attribuer l’enfant au parent qui en a eu la garde durant la procédure, ce critère jouit d’un poids particulier lorsque les capacités d’éducation et de soin des parents sont, pour le reste, similaires . d) Il appartient au juge, et non au curateur, de déterminer si, au vu des faits retenus, il convient d’attribuer la garde exclusive ou la garde alternée (arrêt du TF du 04.05.2017 [5A_34/2017] cons. 5.4 ; cf. aussi arrêt du TF du 13.02.2017 [5A_609/2016] cons. 4.4, rendu à propos de l’autorité parentale). e) En l’espèce, les parties ont connu des conflits importants sur les questions du droit de visite, puis de la garde sur l’enfant. Les curateurs successifs ont notamment relevé que les parents avaient rencontré d’importantes difficultés dans l’organisation et l’exercice du droit de visite. Ces conflits ont conduit à un cadre fragile et instable pour l’enfant, qui n’a pas toujours pu bénéficier de repères suffisamment stables lui permettant d’évoluer dans un environnement propice à son bien-être. Les deux parents semblent à ce titre insuffisamment conscients que ces circonstances pèsent d’un poids non négligeable sur leur enfant. Le conflit entre les parents ne tend pas à s’atténuer avec l’écoulement du temps. L’APEA a dû intervenir pour instaurer un droit de visite raisonnable, puis pour que la mère respecte le cadre fixé. Les parties sont actuellement en désaccord sur la question de la garde de fait et les écrits échangés durant la procédure de recours obligent à constater qu’une solution à laquelle les deux parents pourraient adhérer ne semble pas envisageable. La CMPEA constate dès lors, comme l’APEA, que la condition jurisprudentielle, pour une garde alternée, n’est en l’état que très partiellement remplie, au mieux. La communication entre les parents à propos de l’enfant est visiblement déficiente et leur capacité à coopérer et à communiquer sereinement l’une avec l’autre manifestement très limitée, alors que, comme l’a relevé la jurisprudence, cette communication est particulièrement importante dans le cas d’un enfant déjà scolarisé et d’un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents, qui nécessite une plus grande organisation. La responsabilité pour les conflits paraît au surplus partagée. Cela étant, il faut tout de même retenir que l’enfant ne paraît manquer de rien, sinon d’une meilleure entente entre ses parents, ce qui amène à présumer que ceux-ci réussissent tout de même à partager les informations nécessaires au bien-être de leur fille. L’instauration d’une garde alternée présenterait par ailleurs l’avantage de réduire le nombre

de remises de l'enfant par un parent à l'autre, ce qui pourrait atténuer les conflits. f) Le dossier n'établit pas que l'un ou l'autre des parents souffrirait d'une affection, d'une dépendance ou de traits de caractère particuliers qui pourraient altérer sa capacité à s'occuper d'un enfant. Si l'intimée nie les faits de maltraitance évoqués par l'enfant, ses seules dénégations ne suffisent pas à les considérer comme inexistantes et il existe à tout le moins un assez fort doute à ce sujet. Il n'apparaît cependant pas que de tels faits se seraient reproduits après le mois de février 2016. La CMPEA ne fait pas abstraction des difficultés rencontrées par l'intimée avec sa fille, mais les faits de février 2016 n'apparaissent pas, à eux seuls, suffisants pour dénier à l'intimée toute capacité à prendre soin de sa fille. Les parents peuvent tous deux compter sur un soutien apporté par le service psycho-éducatif de la Croix-Rouge. Comme la curatrice et l'APEA, on admettra que les parties disposent de capacités éducatives suffisantes et plus ou moins équivalentes. g) Depuis 2014, l'enfant passe déjà de larges plages de son temps chez chacun des deux parents. Depuis 2014, lorsqu'elle était sous la garde de sa mère, elle passait selon les semaines trois nuits chez son père, en plus de séjours plus longs durant les vacances scolaires ; depuis février 2016, soit depuis le changement de garde de fait, elle passe à B. _____ trois nuits par semaine ainsi que deux pauses de midi et une soirée par semaine, selon les semaines). La solution de la garde alternée n'empêche donc pas la continuité et la stabilité du cadre socio-éducatif dans lequel évolue l'enfant, ni celle du cadre familial. h) Le fait que le père vit à D. _____, où l'enfant est désormais scolarisée, alors que la mère habite à B. _____ ne peut pas s'opposer à une garde alternée : nombre d'enfants de dix ans doivent accomplir des trajets plus longs, à pied, pour se rendre à leur école que les douze minutes environ qu'il faut en voiture pour relier B. _____ à D. _____ et vice-versa. L'enfant est d'ailleurs déjà habituée à des déplacements pour se rendre à l'école, en fonction des arrangements provisoires pris par ses parents après février 2016. i) S'agissant de la disponibilité des parents, il faut constater que la mère est actuellement plus disponible, compte tenu du fait qu'elle ne travaille pas, sous réserve d'éventuelles démarches de recherche d'un emploi. On ignore si cette situation est amenée à durer, mais l'intimée a évoqué avoir suivi des cours en vue d'acquérir une formation, de sorte qu'elle cherchera sans doute à faire usage de ses nouvelles connaissances. Le père dispose cependant de la possibilité d'aménager facilement ses horaires, du fait de son emploi dans l'entreprise de sa famille. Ces disponibilités respectives ne sont toutefois pas décisives, dans la mesure où la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant, si elle joue un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge, perd en importance quand l'enfant grandit. La solution d'une prise en charge alternée ne paraît donc, de ce point de vue, pas contraire au bien de l'enfant. j) Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral retient qu'il faut tenir compte du 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. En l'espèce, l'enfant a manifesté clairement son désir de passer autant de temps avec chacun de ses deux parents. Elle se sent manifestement bien avec chacun d'eux, ce qui est positif. Cela démontre que, malgré le vif conflit parental, les relations parents-enfant n'en pâtissent pas et que le développement psycho-affectif de l'enfant n'est pas véritablement perturbé. Avec les réserves nécessaires s'agissant d'une fillette âgée de neuf ans au moment de son audition devant l'APEA, qui ne se représente peut-être pas exactement ce que ce changement signifierait concrètement pour elle, le critère du souhait de l'enfant va plutôt dans le sens de la solution retenue par la décision entreprise. k) En fonction de ce qui précède, malgré des réserves sérieuses en ce qui concerne la capacité des parents à communiquer et le fait que la curatrice proposait une

autre solution, la CMPEA estime que, globalement, la garde alternée décidée en première instance paraît conforme à l'intérêt de l'enfant, notamment en lui apportant une plus grande stabilité (un passage d'un parent à un autre par semaine, au lieu de deux comme c'est actuellement le cas une semaine sur deux) et en limitant la possibilité de litiges entre les parents. La CMPEA relève que le président de l'APEA a pu se faire une impression personnelle des parents et de l'enfant au cours de la procédure et que la CMPEA doit donc faire preuve d'une certaine retenue – malgré son pouvoir de cognition entier – en revoyant des questions à caractère éminemment personnel et qui reposent sur des appréciations en partie subjectives. 1) Le recours doit dès lors être rejeté.

E. 6

Les conclusions de l' « appel joint » sont irrecevables. De toute manière, un changement de curateur ne s'impose pas, dans la mesure où la curatrice fait son possible, au mieux de sa conscience, pour trouver des solutions adéquates et veille à l'intérêt de l'enfant d'une manière qui ne prête pas le flanc à la critique .

E. 7

Le recourant, qui succombe, devra prendre à sa charge les frais de la procédure de recours, arrêtés à 1'000 francs et qu'il a avancés à cette hauteur. Vu l'ensemble des circonstances, il n'y a pas lieu de le condamner à verser une indemnité de dépens en faveur de l'intimée, qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. Le mandataire de l'intimée a déposé un mémoire d'honoraires du 21 juin 2017 et allègue une activité de 10h10 minutes, dont 6h40 pour la rédaction d'une « Réponse et Appel joint ». Comme on l'a vu, l'appel joint était irrecevable. On retiendra une activité globale de 5h30 pour la procédure de recours, soit une indemnité de 990 francs, à laquelle il faut ajouter 30 francs de frais allégués et la TVA par 81.60 francs, ce qui donne un total de 1'101.60 francs.

E. 20

ssLAPEA).Ni le code civil, ni le droit cantonal ne connaissent l'institution du recours joint en matière de protection de l'enfant.

c) Dès lors, si l'intimée entendait contester la décision de première instance, elle devait agir dans le délai de recours de l'art. 450b CC. A défaut, elle ne peut, dans ses déterminations sur le recours, que proposer l'irrecevabilité et/ou le rejet, en tout ou partie, de celui-ci. Dans la mesure où elles vont au-delà, les conclusions prises dans sa réponse sont irrecevables. C'est donc à juste titre que le président de la CMPEA a déclaré irrecevables les conclusions 3 à 9 du mémoire d'appel joint déposé par l'intimée et de son complément du 5 juin 2017.

5.a) La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale et prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes relativement égales (Burgat, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux, in : Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016, p. 121). Avec la modification du droit à l'entretien de l'enfant, entrée en vigueur au 1er janvier 2017, le nouvel article 298 al. 2ter prévoit expressément que le juge devra examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande (idem, op. cit., p. 121). Par conséquent, en présence d'une autorité parentale exercée en commun, les tribunaux devront examiner la possibilité d'organiser une garde alternée même lorsqu'un seul des parents le demande (Message

concernant la révision du code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2014, p. 547).

b) Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt de principe au sujet de la garde partagée (ATF 142 III 617 cons. 3.2.1 ss ; voir aussi arrêt du TF du 04.05.2017 [5A_34/2017] cons. 5 ss). Il y expose ce qui suit :

« 3.2.2. () Dans le nouveau droit, la notion de « droit de garde » (Obhutsrecht) - qui se définissait auparavant comme la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 consid. 4a) - a été remplacée par le « droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant » (Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen), qui constitue une composante à part entière de l'autorité parentale (cf. art. 301a al. 1 CC). La notion même du droit de garde étant abandonnée au profit de celle du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, le générique de « garde » (Obhut) se réduit désormais à la seule dimension de la « garde de fait » (faktische Obhut), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5^e éd., 2014, n° 462 p. 308 et n° 466 p. 311; SCHWENZER/COTTIER, Basler Kommentar, 5^e éd., 2014, n° 4 ad art. 298 CC p. 1634; DE WECK-IMMELÉ, in Droit matrimonial, Commentaire pratique, Bâle 2016, n° 195 ad art. 176 CC).

3.2.3. 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; ATF 142 III 56 consid. 3; 142 III 1 consid. 3.3 et les références), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée (arrêts du 24.06.2015 [5A_266/2015] consid. 4.2.2.1 ; du 26.05.2015 [5A_46/2015] consid. 4.4.3). Invité à statuer à cet égard, le juge doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant (arrêt du 06.10.2015 [5A_527/2015] consid. 4). Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux (ATF 141 III 328 consid. 5.4 p. 340), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5 p. 212). 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, in FamRZ 2015, p. 2018 ss). Le juge doit en effet 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. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, 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. A cet égard, 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 pourrait apparaître contraire à son intérêt. Il faut également tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de la stabilité qu'apporte 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, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de ce dernier et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social (cf. arrêts du 26.05.2015 [5A_46/2015] consid. 4.4.2 et 4.4.5; du 04.08.2014 [5A_345/2014] consid. 4.2). Il faut également prendre en considération 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. Sur ce point, il appartiendra au juge du fait, qui établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC et art. 314 al. 1 en relation avec l'art. 446 CC), de déterminer dans quelle mesure l'intervention d'un spécialiste, voire l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale ou d'une expertise, est nécessaire pour interpréter le désir exprimé par l'enfant et notamment discerner s'il correspond à son désir réel. Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation.

3.2.4. Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent.

3.2.5. Pour apprécier ces critères, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 115 II 317 consid. 2 et 3 p. 319; arrêts du 04.05.2015 [5A_848/2014] consid. 2.1.2; 24.06.2015 [5A_266/2015] précité consid. 2.4; [5A_266/2015] précité consid. 4.2.2.2). Le Tribunal fédéral n'intervient que s'il s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération (ATF 132 III 97 consid. 1 p. 99 et les références) ».

c) La doctrine (Céline de Weck-Immelé, in : CPra Matrimonial, n. 196-203 ad art. 176 CC, avec de nombreuses références) rappelle en outre ■ au sujet de l'■ attribution de la garde à un parent, mais selon des réflexions qui peuvent s'■ appliquer mutatis mutandis au cas de la garde partagée ■ que la faute ne joue aucun rôle dans l'attribution de la garde d'un enfant. L'autorité examine les capacités éducatives des parents, l'aptitude à prendre soin de l'enfant étant un critère prépondérant, comme la capacité de faire face aux responsabilités, à la position et à l'image de modèle que le parent en charge de l'éducation doit présenter. A cet égard, on peut par exemple tenir compte d'une éventuelle toxicodépendance, consommation

excessive d'alcool, impulsivité ou instabilité d'humeur, ou encore de l'intransigeance ou de l'égoïsme d'un des parents. Lorsque les capacités éducatives sont équivalentes, les enfants en bas âge ou en âge de scolarité sont attribués au parent qui présente les meilleures dispositions ou la volonté de s'occuper personnellement de l'enfant. L'aptitude d'un parent à coopérer avec l'autre dans l'éducation de l'enfant et à favoriser les contacts avec l'autre parent doit aussi être prise en compte. Lorsque les deux parents présentent ces qualités de manière équivalente, la stabilité familiale et géographique constitue un élément déterminant et le critère de stabilité peut primer sur le critère de la disponibilité. Il faut choisir la solution qui est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations et une continuité dans l'éducation nécessaires à un développement harmonieux. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde durant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont, pour le reste, similaires.

d) Il appartient au juge, et non au curateur, de déterminer si, au vu des faits retenus, il convient d'attribuer la garde exclusive ou la garde alternée (arrêt du TF du 04.05.2017 [5A_34/2017] cons. 5.4 ; cf. aussi arrêt du TF du 13.02.2017 [5A_609/2016] cons. 4.4, rendu à propos de l'autorité parentale).

e) En l'espèce, les parties ont connu des conflits importants sur les questions du droit de visite, puis de la garde sur l'enfant. Les curateurs successifs ont notamment relevé que les parents avaient rencontré d'importantes difficultés dans l'organisation et l'exercice du droit de visite. Ces conflits ont conduit à un cadre fragile et instable pour l'enfant, qui n'a pas toujours pu bénéficier de repères suffisamment stables lui permettant d'évoluer dans un environnement propice à son bien-être. Les deux parents semblent à ce titre insuffisamment conscients que ces circonstances pèsent d'un poids non négligeable sur leur enfant. Le conflit entre les parents ne tend pas à s'atténuer avec l'écoulement du temps. L'APEA a dû intervenir pour instaurer un droit de visite raisonnable, puis pour que la mère respecte le cadre fixé. Les parties sont actuellement en désaccord sur la question de la garde de fait et les écrits échangés durant la procédure de recours obligent à constater qu'une solution à laquelle les deux parents pourraient adhérer ne semble pas envisageable. La CMPEA constate dès lors, comme l'APEA, que la condition jurisprudentielle, pour une garde alternée, n'est en l'état que très partiellement remplie, au mieux. La communication entre les parents à propos de l'enfant est visiblement déficiente et leur capacité à coopérer et à communiquer sereinement l'une avec l'autre manifestement très limitée, alors que, comme l'a relevé la jurisprudence, cette communication est particulièrement importante dans le cas d'un enfant déjà scolarisé et d'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents, qui nécessite une plus grande organisation. La responsabilité pour les conflits paraît au surplus partagée. Cela étant, il faut tout de même retenir que l'enfant ne paraît manquer de rien, sinon d'une meilleure entente entre ses parents, ce qui amène à présumer que ceux-ci réussissent tout de même à partager les informations nécessaires au bien-être de leur fille. L'instauration d'une garde alternée présenterait par ailleurs l'avantage de réduire le nombre de remises de l'enfant par un parent à l'autre, ce qui pourrait atténuer les conflits.

f) Le dossier n'établit pas que l'un ou l'autre des parents souffrirait d'une affection, d'une dépendance ou de traits de caractère particuliers qui pourraient altérer sa capacité à s'occuper d'un enfant. Si l'intimée nie les faits de maltraitance évoqués par l'enfant, ses seules dénégations ne suffisent pas à les considérer comme inexistantes et il existe à tout le

moins un assez fort doute à ce sujet. Il n'apparaît cependant pas que de tels faits se seraient reproduits après le mois de février 2016. La CMPEA ne fait pas abstraction des difficultés rencontrées par l'intimée avec sa fille, mais les faits de février 2016 n'apparaissent pas, à eux seuls, suffisants pour dénier à l'intimée toute capacité à prendre soin de sa fille. Les parents peuvent tous deux compter sur un soutien apporté par le service psycho-éducatif de la Croix-Rouge. Comme la curatrice et l'APEA, on admettra que les parties disposent de capacités éducatives suffisantes et plus ou moins équivalentes.

g) Depuis 2014, l'enfant passe déjà de larges plages de son temps chez chacun des deux parents. Depuis 2014, lorsqu'elle était sous la garde de sa mère, elle passait selon les semaines trois nuits chez son père, en plus de séjours plus longs durant les vacances scolaires ; depuis février 2016, soit depuis le changement de garde de fait, elle passe à B. _____ trois nuits par semaine ainsi que deux pauses de midi et une soirée par semaine, selon les semaines). La solution de la garde alternée n'empêche donc pas la continuité et la stabilité du cadre socio-éducatif dans lequel évolue l'enfant, ni celle du cadre familial.

h) Le fait que le père vit à D. _____, où l'enfant est désormais scolarisée, alors que la mère habite à B. _____ ne peut pas s'opposer à une garde alternée : nombre d'enfants de dix ans doivent accomplir des trajets plus longs, à pied, pour se rendre à leur école que les douze minutes environ qu'il faut en voiture pour relier B. _____ à D. _____ et vice-versa. L'enfant est d'ailleurs déjà habituée à des déplacements pour se rendre à l'école, en fonction des arrangements provisoires pris par ses parents après février 2016.

i) S'agissant de la disponibilité des parents, il faut constater que la mère est actuellement plus disponible, compte tenu du fait qu'elle ne travaille pas, sous réserve d'éventuelles démarches de recherche d'un emploi. On ignore si cette situation est amenée à durer, mais l'intimée a évoqué avoir suivi des cours en vue d'acquérir une formation, de sorte qu'elle cherchera sans doute à faire usage de ses nouvelles connaissances. Le père dispose cependant de la possibilité d'aménager facilement ses horaires, du fait de son emploi dans l'entreprise de sa famille. Ces disponibilités respectives ne sont toutefois pas décisives, dans la mesure où la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant, si elle joue un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge, perd en importance quand l'enfant grandit. La solution d'une prise en charge alternée ne paraît donc, de ce point de vue, pas contraire au bien de l'enfant.

j) Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral retient qu'il faut tenir compte du 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. En l'espèce, l'enfant a manifesté clairement son désir de passer autant de temps avec chacun de ses deux parents. Elle se sent manifestement bien avec chacun d'eux, ce qui est positif. Cela démontre que, malgré le vif conflit parental, les relations parents-enfant n'en pâtissent pas et que le développement psycho-affectif de l'enfant n'est pas véritablement perturbé. Avec les réserves nécessaires s'agissant d'une fillette âgée de neuf ans au moment de son audition devant l'APEA, qui ne se représente peut-être pas exactement ce que ce changement signifierait concrètement pour elle, le critère du souhait de l'enfant va plutôt dans le sens de la solution retenue par la décision entreprise.

k) En fonction de ce qui précède, malgré des réserves sérieuses en ce qui concerne la capacité des parents à communiquer et le fait que la curatrice proposait une autre solution,

la CMPEA estime que, globalement, la garde alternée décidée en première instance paraît conforme à l'intérêt de l'enfant, notamment en lui apportant une plus grande stabilité (un passage d'un parent à un autre par semaine, au lieu de deux comme c'est actuellement le cas une semaine sur deux) et en limitant la possibilité de litiges entre les parents. La CMPEA relève que le président de l'APEA a pu se faire une impression personnelle des parents et de l'enfant au cours de la procédure et que la CMPEA doit donc faire preuve d'une certaine retenue malgré son pouvoir de cognition entier en revoyant des questions à caractère éminemment personnel et qui reposent sur des appréciations en partie subjectives.

1) Le recours doit dès lors être rejeté.

6. Les conclusions de l'« appel joint » sont irrecevables. De toute manière, un changement de curateur ne s'impose pas, dans la mesure où la curatrice fait son possible, au mieux de sa conscience, pour trouver des solutions adéquates et veille à l'intérêt de l'enfant d'une manière qui ne prête pas le flanc à la critique.

7. Le recourant, qui succombe, devra prendre à sa charge les frais de la procédure de recours, arrêtés à 1'000 francs et qu'il a avancés à cette hauteur. Vu l'ensemble des circonstances, il n'y a pas lieu de le condamner à verser une indemnité de dépens en faveur de l'intimée, qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. Le mandataire de l'intimée a déposé un mémoire d'honoraires du 21 juin 2017 et allègue une activité de 10h10 minutes, dont 6h40 pour la rédaction d'une « Réponse et Appel joint ». Comme on l'a vu, l'appel joint était irrecevable. On retiendra une activité globale de 5h30 pour la procédure de recours, soit une indemnité de 990 francs, à laquelle il faut ajouter 30 francs de frais allégués et la TVA par 81.60 francs, ce qui donne un total de 1'101.60 francs.

Par ces motifs, la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte

1. Rejette le recours.

2. Met les frais judiciaires de la procédure de recours, arrêtés à 1'000 francs, à la charge de X. _____, qui les a avancés.

3. Fixe à 1'101.60 francs l'indemnité d'avocat d'office due à Me B. _____ pour la défense des intérêts de Y. _____ en procédure de recours.

Neuchâtel, le 5 septembre 2017

1 L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

2 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 ou de l'autorité de protection de l'enfant dans les cas suivants:

a. le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger;

b. le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles.

3 Un parent exerçant seul l'autorité parentale qui souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant doit informer en temps utile l'autre parent.

4 Un parent qui souhaite modifier son propre lieu de résidence a le même devoir d'information.

5Si besoin est, les parents s'entendent, dans le respect du bien de l'enfant, pour adapter le régime de l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien. S'ils ne peuvent pas s'entendre, la décision appartient au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant.

1Introduit par le ch. I de la LF du 21 juin 2013 (Autorité parentale), en vigueur depuis le 1erjuil. 2014 (RO2014357;FF20118315).

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