

Articles thématiques

Droit matrimonial

Mots-clés:

garde alternée



iusNet DC 27.10.2022

La garde alternée, son utilité, son actualité et l'écoulement du temps comme fait nouveau réclamant son réexamen



Anne Reiser,

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

La lecture des statistiques toutes fraîches de l'OFS nous enseigne que la jurisprudence du Tribunal fédéral fixant les paliers d'âge d'un enfant à charge, à partir desquels une activité lucrative est exigible du parent gardien¹, peine à entrer dans les mœurs maternelles.

Le 11 octobre 2022, l'OFS publiait en effet ses chiffres sur le taux d'activité professionnelle des mères en 2021². On y lit qu'avant la maternité 90% des femmes étaient actives professionnellement et que le taux d'activité des mères³ était de 82,0% en 2021. Elles étaient 78,1% à travailler à temps partiel : la part des mères avec un taux entre 50% et 89% était de 44,7% en 2021, alors que la part avec un taux inférieur à 50% était de 33,4%. En outre, une femme sur neuf quittait le marché du travail (où 49,1% étaient actives à temps partiel) après la naissance du premier enfant, et parmi les femmes actives professionnellement avant d'accoucher (90%), seules 69,4% exerçaient une activité lucrative après l'arrivée du deuxième enfant, et 80,1% d'entre elles travaillaient à temps partiel. La forte hausse du temps partiel après une première maternité conduisait donc à un recul du taux d'occupation moyen de 83% à 61%, soit l'équivalent de 1,1 jour de travail en moins par semaine.

18,0% des mères étaient non actives professionnellement et la non-activité hors du foyer était la plus répandue chez les mères avec de très jeunes enfants (part de mères non actives avec un enfant de moins de 5 ans : 21,2% ; enfant entre 5 et 9 ans : 17,6% ; enfant entre 10 et 14 ans : 13,1%). Avant d'occuper un nouveau un emploi, ces mères passaient en moyenne 5 ans hors du marché du travail. La pause familiale était plus longue chez les Suissesses que chez les étrangères (5,8 ans contre 3,7 ans), mais plus courte chez les mères avec un niveau de formation tertiaire (3,9 ans). Le temps passé hors du marché du travail progressait d'ailleurs avec le nombre d'enfants (1 enfant : 4,5 ans ; 2 enfants : 4,9 ans ; 3 enfants : 6,2 ans). 91,5% des mères ayant repris une activité professionnelle occupaient un emploi à temps partiel. Leur taux

d'occupation moyen (**36%**) était sensiblement inférieur à celui des mères n'ayant pas quitté le marché du travail ensuite d'une maternité (**61%** après la naissance du 1er enfant). Près d'une mère sur trois qui réintégrait le marché du travail à temps partiel était en sous-emploi (30,0%), une part en hausse par rapport à la période précédente (de 2010 à 2015 : 22,0%). Or, le rapport indique aussi qu'avec un taux de chômage au sens du Bureau international du Travail (BIT) de 5,6% en 2021, les mères étaient plus touchées que les femmes du même âge sans enfant (4,5%). Chez les étrangères, la différence entre mères (11,4%) et femmes sans enfant (8,8%) était particulièrement marquée (Suisse : 3,0% contre 2,7%). Le taux de chômage des pères se situait, en revanche, à un niveau inférieur à celui des hommes sans enfant, ceci pour les Suisses comme pour les étrangers.

L'absence de solution (économique) de garde pour les enfants serait-elle la cause de cette pause familiale féminine ? La quasi-totalité des mères non actives (93,5%) questionnées ne recherchaient en effet pas d'emploi en 2021, et le motif « garde d'enfants ou autres responsabilités familiales » représentait le ou l'un des motifs de la non-recherche pour près de trois quarts d'entre elles. Sur question, 55,3% des mères interrogées se déclaraient prêtes à exercer une activité lucrative dans un délai de 2 semaines à 3 mois, et 43,6% d'entre elles ne souhaitaient pas le faire.

Du côté des pères, on apprend que 17,4% de ceux-ci travaillaient à temps partiel, et que l'arrivée d'un premier enfant dans le ménage faisait augmenter la part de pères travaillant à temps partiel (de 10,3% à 13,6%). La part de temps partiel était plus élevée chez les pères suisses (avant la naissance d'un premier enfant : 13,4% ; après : 18,0%) ; la part de temps partiel atteignant même 23,5% après la naissance d'un deuxième enfant. Elle restait faible en revanche chez les pères étrangers, que ce soit après la naissance d'un premier enfant (6,2% à temps partiel) ou d'un deuxième enfant (10,1%). Le rapport de l'OFS n'interroge pas les motifs qui poussent les pères à diminuer leur temps de travail ni ne les questionne sur leurs souhaits à ce sujet.

Ces statistiques méritent d'être mises en regard du rapport Demos 1-2020/divorces publié par l'OFS⁴.

On y lit, en page 11 qu'en cas de séparation parentale, la garde des enfants est confiée à la mère dans près de 90% ; que les enfants plus âgés (entre 13 et 17 ans) vivent un peu plus souvent chez leur père (15%) ; que les enfants qui vivent au moins quatre jours par semaine chez leur père voient plus souvent leur mère (61%) que dans la situation inverse (57%) ; qu'un sixième des parents séparés pratique une garde alternée à partage égal de prise en charge ; que chez deux cinquièmes des parents les enfants passent entre un et quatre jours chez l'autre parent (42%) ou entre 5 et 12 jours (42%) ; qu'en moyenne, les enfants passent 5,9 jours par mois chez le parent non gardien, quel que soit son sexe ; que les enfants plus jeunes passent en moyenne plus de temps chez lui (6,3 jours par mois) que les enfants âgés entre 13 et 17 ans (5,3 jours par mois) ; et qu'enfin 10% des parents non-gardiens n'ont plus aucun contact avec leur enfant de moins de 18 ans.

On y lit également en page 15 que les personnes versant une pension alimentaire risquent en général moins de basculer dans la pauvreté que celles vivant dans un ménage avec enfants et recevant une pension alimentaire (13,3% contre 20,5%). Elles endurent par ailleurs moins souvent des privations matérielles (8,1%) que les ménages avec enfants recevant des pensions alimentaires (**14,1%**) et, selon leur propre appréciation, elles éprouvent plus rarement des difficultés à joindre les deux bouts (14,2% contre **25,2%**).

C'est ainsi dans ce que ces statistiques nous livrent de la réalité économique que vivent les mères qui préféreraient ne pas travailler au dehors pour s'occuper de leur progéniture, même si c'est au risque d'une précarité ultérieure personnelle et d'un manque d'accompagnement paternel effectif du développement de leurs enfants vers l'âge adulte⁵, qu'il convient de saluer l'adoption, le 14 octobre 2022, par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats de l'initiative parlementaire Kamerzin no 21.449 visant à inscrire dans le Code civil la jurisprudence du Tribunal fédéral aux termes de laquelle le refus de l'un des parents ne pourra dorénavant plus faire obstacle à la mise en place d'une garde alternée⁶, soit, selon la Commission, la situation qui prévaut lorsque la garde exercée par chacun des parents est d'au moins 30 à 35%⁷.

On en profitera d'ailleurs pour signaler au lecteur l'arrêt TF 5A_963/2021 du 1er septembre 2022, dans lequel un père, aux compétences parentales identiques à celles de la mère, réclamait l'instauration d'une garde alternée. Le Tribunal fédéral rappelle au c. 3.2.1. qu'aux termes de l'art. 298d CC, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale, respectivement de l'attribution de la garde de fait, ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes ; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Puis, au c. 3.2.2., il réitère que le fait de déterminer si une modification essentielle est survenue par rapport à la situation existant au moment où la décision initiale a été prise doit s'apprécier en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce et relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC; arrêts 5A_800/2021 du 25 janvier 2022 consid. 5.1; 5A_762/2020 du 9 février 2021 consid. 4.1). Enfin, il rappelle les particularités du cas d'espèce en lien avec le besoin de stabilité de l'enfant (c. 3.3.1), et indique au c.3.3.2 que dans ces circonstances particulières, l'écoulement du temps constitue le fait nouveau à examiner dans la perspective du bien de l'enfant.

En l'état actuel des lois et de la jurisprudence, ce temps qui s'écoule, ne devrait-il pas aussi être pris en compte par les femmes, qui doivent pouvoir compter sur elles-mêmes pour assurer leur avenir économique, lorsqu'elles envisagent de réduire leur temps de travail de 1,1 jour par semaine pour s'occuper de leur enfant plutôt que d'envisager que le père, plus à l'abri du chômage et du sous-emploi, prenne l'enfant en charge de manière accrue, quand cela est possible ?

1. ATF 144 III 481 ; pour rappel 50% dès la prise en charge de l'enfant par l'école, et 80% dès l'entrée de l'enfant dans l'enseignement secondaire ; 100% dès l'avènement du 16ème anniversaire de l'enfant

2. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiqués-presse.assetdetail.23329563.html>

3. les femmes de 25 à 54 ans avec au moins un enfant de moins de 15 ans dans le ménage étaient considérées

4. <https://www.swissstats.bfs.admin.ch/collection/ch.admin.bfs.swissstat.fr.issue20012392001/article/issue20012392001-01>

5. Rappelons qu'un mineur capable de discernement ne saurait être contraint à entretenir des relations personnelles avec son parent non-gardien, sauf à violer les droits de sa personnalité (TF 5A_459/2015 du 13 août 2015 c. 6.2.2 et 6.2.3 notamment) et qu'ainsi, faute de coopération

parentale efficace à obtenir son obéissance (art. 301 al. 2 CC), l'État ne se substituera pas à l'autorité parentale défaillante (art. 296 CC) et le manque éventuel de coopération parentale (art. 274 al. 1 CC) sera dépourvu de sanction, sous réserve d'une exécution forcée indirecte (TF 5A_167/2017 du 11 septembre 2017, c. 6.1) qui apparaît difficile.

6. TF 5A_167/2017 du 4 mai 2017 c. 5.1. « On ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre parent du seul refus d'instaurer la garde alternée ».

7. Rappelons que le Tribunal fédéral a tranché dans son arrêt TF 5A_927/2018 du 10 mai 2019 qu'une garde alternée ne nécessite pas forcément que les deux parents aient un droit de garde strictement équivalent (c. 2.3 et 2.4) ; et, dans son arrêt TF 5A_418/2019 du 29 août 2019, que le concept de « garde conjointe » ne ressort pas de la loi. La loi emploie les termes « garde » et « garde alternée », sans les définir. Elle ne précise pas quel serait le pourcentage de prise en charge pour instaurer une « garde alternée ». Le Tribunal fédéral considère que le terme « garde » 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 (c.3.5.2).