



LES PLANS PARENTAUX EXTRAJUDICIAIRES

RAPPORT AU DÉFENSEUR DES DROITS

CERFAP EA 4600
février 2016

Adeline GOUTTENOIRE,
*professeur à l'Université de Bordeaux,
directrice du CERFAP et de l'Institut des mineurs*

Sarah OFFMANN,
doctorante en droit privé, CERFAP

Julie TEREL,
doctorante en droit privé, CERFAP

Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG,
maître de conférences à l'Université de Bordeaux, CERFAP

Sommaire

Introduction – Présentation de la recherche et méthodologie	5
I. La recherche	5
1. Les modalités de recrutement des parents	6
1.1. Prise de contacts indirecte : les réseaux sociaux	6
1.2. Prise de contacts directe : les envois de courriels et de courriers	7
2. Le déroulement de l'enquête	7
2.1. Entretiens avec les parents	7
2.2. Entretiens avec les professionnels	8
3. Les données démographiques	8
3.1. Ages, sexe, capacité des parents	8
3.2. Profession des parents	10
3.3. Forme et durée de l'union	10
II. Le rapport	12
Première partie : L'élaboration du plan parental	13
Chapitre 1 : La place du plan parental dans les systèmes juridiques français et étrangers	14
§ 1. Le droit français	14
§ 2. Droit comparé	15
A. L'incitation à l'élaboration d'accords parentaux par la faveur faite à la médiation	15
1. Canada	15
2. Québec	16
3. Allemagne	18
4. Angleterre	19
B. La consécration légale des plans parentaux extra-judiciaires	20
1. Belgique	20
2. Pays-Bas	21
Chapitre 2 : La forme du plan parental	22
Chapitre 3 : La temporalité du plan parental	26
Chapitre 4 : Les acteurs de l'élaboration du plan parental	29
§ 1. Les parents	29
§ 2. L'accompagnement des parents par un tiers	32
A. L'intervention d'un médiateur	33
B. L'intervention d'un avocat	39
§ 3. L'enfant	43
Chapitre 5 : Le coût de l'élaboration du plan parental	50
Deuxième partie : Le contenu du plan parental	53
Chapitre 1 : L'exercice de l'autorité parentale	57
§ 1. Droit positif	57
§ 2. L'effectivité du principe de l'exercice commun de l'autorité parentale dans les plans parentaux	59
Chapitre 2 : Les relations de l'enfant avec ses parents	64
§ 1. La résidence de l'enfant	64
A. La résidence alternée	65
B. La résidence chez l'un des parents	72
§ 2. Les relations personnelles de l'enfant avec le parent non hébergeant	72

Chapitre 3 : Les décisions relatives à l'enfant	77
§ 1. La scolarité	80
§ 2. La santé de l'enfant	82
§ 3. La question religieuse	83
§ 4. Les déplacements de l'enfant	84
Chapitre 4 : Les relations de l'enfant avec les tiers	85
Chapitre 5 : Les questions matérielles et financières	87
§ 1. La contribution financière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant	87
A. Le versement d'une pension alimentaire	87
B. La prise en charge de certaines dépenses	94
§ 2. Le rattachement administratif de l'enfant	95
A. Le domicile de l'enfant	95
B. Les prestations familiales	96
C. Le rattachement fiscal	97
§ 3. Le patrimoine de l'enfant	97
Troisième partie : La mise en œuvre du plan parental	99
Chapitre 1 : Les effets du plan parental entre les parents	100
§ 1. L'absence d'effet obligatoire des plans parentaux extra-judiciaires	100
§ 2. L'information des parents	103
§ 3. Les difficultés d'exécution du plan parental	105
Chapitre 2 : Les effets du plan parental à l'égard des tiers	113
Chapitre 3 : Les modifications apportées au plan parental	116
Chapitre 4 : Le juge et les plans parentaux	125
§ 1. L'homologation du plan parental par le juge	126
§ 2. La saisine contentieuse du juge	136
Conclusions	143
Annexes (cf. second volume)	

Les encadrés bleus correspondent à des citations

Les encadrés bleus à fond grisé correspondent à des conclusions, recommandations et propositions

INTRODUCTION

PRESENTATION DE LA RECHERCHE ET METHODOLOGIE

Le droit français n'appréhendant pas les plans parentaux en tant que tels, aucune définition n'en est donc donnée dans les textes. La documentation canadienne peut sur ce point permettre de préciser la notion. En effet, un document du Ministère de la justice du Canada, pays dans lequel les accords extrajudiciaires sont favorisés¹, vise « *les arrangements que les parents peuvent prendre en vue d'élever leurs enfants après une séparation ou un divorce, entre autres des arrangements sur l'endroit où les enfants vivront, l'école qu'ils fréquenteront, leur éducation religieuse, leurs soins médicaux, leurs activités parascolaires, etc.* ». Il est précisé qu'un plan parental est un document écrit qui explique comment les parents élèveront leurs enfants après une séparation ou un divorce. La définition retenue des plans parentaux est ainsi plutôt restrictive.

La recherche sur les plans parentaux extrajudiciaires commandée par le Défenseur des droits au CERFAP (Convention n°2014-28 du 3 décembre 2014 ; annexe n°29) a pour objectif de dresser un état des lieux précis et complet des pratiques opérées en France dans ce domaine, notamment au regard des pratiques ou législations existantes dans d'autres pays.

Afin de n'exclure aucune situation et d'être au plus proche de la pratique, le choix a été opéré par l'équipe de recherche d'une définition la plus large possible des plans parentaux extrajudiciaires, incluant ainsi les conventions écrites, les accords verbaux, élaborés par les parents seuls, ou avec l'intermédiaire d'un tiers indépendant, que le plan soit encore appliqué ou qu'il ait été un échec, qu'il fasse ou non suite au recours à l'autorité judiciaire.

Les plans parentaux extrajudiciaires seront donc entendus dans ce rapport comme les accords de volonté entre parents séparés, quelle que soit leur forme, qui ont pour objet la détermination des modalités – ou de certaines d'entre-elles seulement – d'exercice de l'autorité parentale. Ils se présentent alors comme des accords précis et de longue durée et se distinguent des simples accords ponctuels.

Par ailleurs, dans le présent rapport, pour faciliter les explications, le terme de couple sera utilisé pour désigner le père et la mère d'un même enfant ou d'une même fratrie.

I. LA RECHERCHE

L'objectif de la recherche n'est pas de mesurer quantitativement la pratique des plans parentaux, ce qui aurait exigé de développer des moyens statistiques et démographiques dont ne dispose pas l'équipe de recherche. Pour l'heure, aucune donnée matérielle et statistique n'existe sur la question, en raison du caractère essentiellement privé et personnel attaché à ces actes. Il s'agit donc plutôt

¹ Cf. *infra*.

d'analyser la pratique des plans parentaux dans la mesure où elle est accessible, à la fois à travers une étude des recherches antérieures menées sur ce sujet et en se fondant sur une étude de terrain.

En effet, si les accords parentaux extrajudiciaires sont peu reconnus par le droit en l'absence d'homologation par le juge aux affaires familiales et également peu connus par les autorités publiques, plusieurs indicateurs semblent montrer qu'une tendance très nette se dessine en faveur du développement des plans parentaux extrajudiciaires, conformément au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 4 mars 2002. Cette tendance se manifeste à travers le fait que la majorité des médiateurs entendus disposent d'une trame de convention (annexes n°2 à 13) et que certains professionnels diffusent, notamment par voie *Internet*, des modèles de convention afin d'aider les parents dans l'élaboration et la rédaction de leur accord (annexes n°19 à 23). Les accords parentaux sans recours au juge sont ainsi une réalité. Il était alors important de travailler d'un point de vue qualitatif sur le contenu des accords et de cerner les difficultés rencontrées par les parents, tant lors de l'élaboration que de l'exécution du plan parental, afin de perfectionner cet instrument de l'organisation de la vie de l'enfant après la séparation des parents. De tels accords semblent en effet favoriser la *paix des familles*, et garantir *l'égalité des parents* puisque l'accord passé en dehors de toute autorité judiciaire n'est le résultat que des volontés croisées des parents où chacun est censé trouver satisfaction et préservation de ses droits.

Outre une étude de la littérature et de la jurisprudence françaises, plutôt rares sur la question des plans parentaux extrajudiciaires, la recherche a été enrichie d'études de documents (textes, articles ou documents émanant d'autorités publiques) étrangers.

Une étude sur le terrain a ensuite été menée, consistant en des entretiens avec des parents auteurs de plans parentaux et avec des professionnels ayant participé d'une manière ou d'une autre à l'élaboration ou la mise en œuvre de ces plans. Seront présentés successivement les modalités de recrutement des parents, le déroulement de l'enquête et les caractéristiques démographiques des parents interrogés.

1. Les modalités de recrutement des parents

La prise de contacts avec les parents séparés et avec les professionnels s'est effectuée de manière indirecte *via* les réseaux sociaux (1), et de manière directe par l'envoi de courriels et de courriers (2).

1.1. Prise de contacts indirecte : les réseaux sociaux

La difficulté première de la recherche de terrain a été de faire connaître l'étude sur les plans parentaux extrajudiciaires afin que des parents séparés acceptent de nous livrer leur témoignage. À cette fin, l'équipe de recherche a décidé d'investir les réseaux sociaux, en créant une page *Facebook* et un compte *Twitter* dédiés à l'étude sur les plans parentaux.

Par ailleurs, une annonce a également été largement diffusée sur de nombreux sites comme : les pages *Facebook* de « les maternelles », « arte » et « parents.fr », « Les Papas = Les Mamans », *Médiateur professionnel*, *Symposium de la médiation professionnelle 2014*, *Viamédiation* ; Les forums de france5.fr, parent-solo, doctissimo, divorceoumonop, magicmaman ; le site internet du CERFAP ; le site internet parent-solo.fr

Ces différentes démarches ont permis de recueillir plusieurs témoignages de parents, et des échanges courriels et téléphoniques avec des médiateurs et des associations de parents séparés.

Annonce diffusée sur les réseaux sociaux :

**Appel à témoins :
Recherche sur l'organisation amiable de la séparation des parents**

Dans le cadre d'une recherche universitaire relative à l'organisation des conséquences de la séparation des parents sur les enfants, le CERFAP, équipe de recherche de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, recherche des personnes souhaitant livrer leurs témoignages, sous couvert d'anonymat, sur l'élaboration et la mise en place à l'amiable des modalités de prise en charge des enfants après la séparation des parents.

Contacts : plansparentaux@gmail.com

1.2. Prise de contacts directe : les envois de courriels et de courriers

Concomitamment à la diffusion de l'appel à témoins, l'équipe de recherche a contacté environ 70 médiateurs français, et une dizaine de médiateurs étrangers, essentiellement belges et canadiens, par courriel et par voie postale.

Par ailleurs, une lettre d'information, expliquant l'étude menée sur les plans parentaux et contenant l'appel à témoins, a été rédigée. Une association de parents séparés, l'association *Les Papas = Les Mamans*, a accepté de la diffuser auprès de ses adhérents et sur son site Internet. Marianne Souquet, médiatrice avec laquelle l'équipe de recherche s'est entretenue (voy. *infra*), a également accepté de la diffuser auprès des parents séparés qu'elle est amenée à rencontrer.

2. Le déroulement de l'enquête

Des entretiens se sont déroulés avec des parents séparés (1) afin de recueillir leur expérience et leur ressenti. Concomitamment, l'équipe de recherche a lié des contacts avec des professionnels qui sont amenés à mettre en place des plans parentaux, ou qui ont pu constater leur existence et les problèmes qu'ils soulèvent (2).

2.1. Entretiens avec les parents

Vingt-quatre entretiens avec des parents séparés se sont déroulés entre le 14 mars 2015 et le 15 octobre 2015. Les entretiens parentaux ont concerné vingt couples ; pour quatre d'entre eux, le père et la mère ont été interrogés.

Conformément à la définition large des plans parentaux retenue par l'équipe de recherche, les entretiens ont eu lieu avec des parents indépendamment de la forme d'union dans laquelle ils étaient avant séparation (Mariage / Pacs / Concubinage), de la forme du plan (écrit / verbal), du recours à un tiers pour l'élaboration du plan, du recours antérieur ou postérieur à l'autorité judiciaire.

Les entretiens se sont déroulés *de visu* (onze) et ont duré entre une et deux heures, par voie téléphonique (onze), ou par courriels (deux), à partir d'une grille élaborée par l'équipe (annexe n°25). L'un des entretiens avec une mère a eu lieu en présence de sa fille de quatorze ans. Les entretiens ont ensuite été retranscrits. Certains parents ont accepté de transmettre leur plan et, pour certains, qu'il soit diffusé (annexe n°2).

Afin de préserver l'anonymat des personnes ayant accepté de témoigner, les entretiens ont été enregistrés par numéro. Un numéro est attribué par couple ; lorsque les deux membres du couple ont témoigné (une demande est systématiquement formulée dans ce sens lors de l'entretien avec un parent), le deuxième témoignage est enregistré sous le même numéro, suivi de la mention « *bis* », afin de pouvoir identifier les couples et de comparer le ressenti personnel de chaque parent.

Toutefois, la transcription d'aucun des entretiens n'est publiée pour éviter que, dans l'hypothèse où les deux membres du couple ont été entendus, chacun d'eux, à l'égard de qui la confidentialité par rapport à l'autre a été garantie, puisse se reconnaître et ainsi savoir ce que pense l'autre.

2.2. Entretiens avec les professionnels

Des entretiens se sont également déroulés avec des professionnels, sept médiateurs, trois avocats, deux juges aux affaires familiales (un à Bordeaux, un à Bayonne), un chef de service à la Protection judiciaire de la jeunesse.

Ces entretiens ont eu lieu *de visu* pour la plupart (pour trois médiateurs, trois avocats et un juge aux affaires familiales), pour l'un d'entre eux par Skype (avec la médiatrice canadienne) et pour cinq d'entre eux par téléphone et ont duré entre une heure et deux heures trente. Un médiateur belge a également envoyé un modèle de convention. Certains professionnels ont préféré garder l'anonymat et d'autres non. Aucun nom n'a donc été indiqué dans le rapport. Six médiateurs ont transmis leur modèle de plan parental ; certains ont accepté qu'il soit diffusé (annexes n°2 à 15) alors que d'autres ont souhaité qu'il soit seulement utilisé dans le rapport.

Pour les médiateurs, les entretiens se sont déroulés à partir d'une grille élaborée par l'équipe (annexe n°26). Pour le chef de service de la Protection judiciaire de la jeunesse, qui nous a contacté lui-même, l'entretien s'est fait de manière libre, en fonction de ce qu'il voulait nous décrire. Pour les avocats et les juges aux affaires familiales, une grille a également été suivie (annexes n°27 et 28).

3. Les données démographiques

3.1. Âge, sexe, capacité des parents

Dix-sept mères et sept pères ont été entendus. Ils relèvent de *toutes les tranches d'âges*, hormis la tranche 20/25 ans. Il est à noter que la tranche quarante à cinquante ans est la plus représentée, avec neuf parents entendus sur vingt-quatre : cinq mères et quatre pères. Cette disparité correspond au demeurant au recul de l'âge moyen du premier accouchement en France, qui était de 28,1 ans en 2010².

Seuls quatre des parents entendus ont des *enfants issus d'une autre union* que ceux visés par le plan parental.

² E. DAVIE, *Un premier enfant à 28 ans*, INSEE Première, n° 1419, oct. 2012.

*Âge des parents selon leur sexe
et le fait qu'ils ont ou non des enfants issus d'une autre union*

FEMME	Ayant des enfants issus d'une autre union	20 à 25 ans	0
		25 à 30 ans	0
		30 à 40 ans	2
		40 à 50 ans	0
		50 ans et plus	1
		TOTAL	3
	Sans enfant issu d'une autre union	20 à 25 ans	0
		25 à 30 ans	3
		30 à 40 ans	5
		40 à 50 ans	5
		50 ans et plus	1
		TOTAL	14

HOMME	Ayant des enfants issus d'une autre union	20 à 25 ans	0
		25 à 30 ans	0
		30 à 40 ans	0
		40 à 50 ans	1
		50 ans et plus	0
		TOTAL	1
	Sans enfant issu d'une autre union	20 à 25 ans	0
		25 à 30 ans	1
		30 à 40 ans	1
		40 à 50 ans	3
		50 ans et plus	1
		TOTAL	6

Mesure de protection. - Seul un parent est placé sous un régime de protection, en l'occurrence une curatelle en raison de troubles psychiatriques.

L'état de santé du père justifie d'ailleurs en partie la volonté de recourir à un plan parental extrajudiciaire. En effet, les parents ont dans un premier temps eu recours à l'autorité judiciaire, afin d'avoir un cadre sécurisant pour l'enfant, protecteur de son intérêt. La mère souhaitait qu'un tiers extérieur puisse lui dire si l'enfant n'était pas en danger avec son père et donc si le père était en mesure de poursuivre son rôle parental. Mais la mère explique que la décision de justice ne permet pas une adaptabilité, une souplesse nécessaire en raison de la maladie du père qui est assez fluctuante (schizophrénie).

Le plan parental favorise le maintien des liens avec le père : le père voit ainsi son enfant lorsqu'il est en mesure de s'en occuper, le plus possible, et non pas seulement une fois par mois, comme le jugement relatif à l'autorité parentale le prévoit.

3.2. Profession des parents

MERES		PERES	
entretien	profession	entretien	profession
1	Assistante administrative		
2	Juriste en droit du travail		
3	Chargée de projet européen		
4	Cadre commercial		
5	Cadre dans les assurances (formation juridique)	5bis	Cartographe
		6	Cuisinier
		7	Médiateur indépendant
8	Professeur des écoles		
9	Agent de sécurité et équipier d'intervention incendie		
10bis	Enseignante (directrice d'école primaire) Formation juridique	10	Maître de conférences
11	Assistante sociale	11bis	Sans profession (auparavant ingénieur informatique)
12	Hôtesse de caisse		
13	Psychologue	13bis	Agent de maintenance – mais horaires inadaptés : en arrêt maladie (auparavant maroquinier créateur puis brancardier)
14	Esthéticienne et professeur de fitness		
		15	Instituteur en maternelle
16	Cadre dans les assurances		
17	Sans activité professionnelle		
18	Professeur des écoles		
19	Fonctionnaire		
20	Profession libérale		

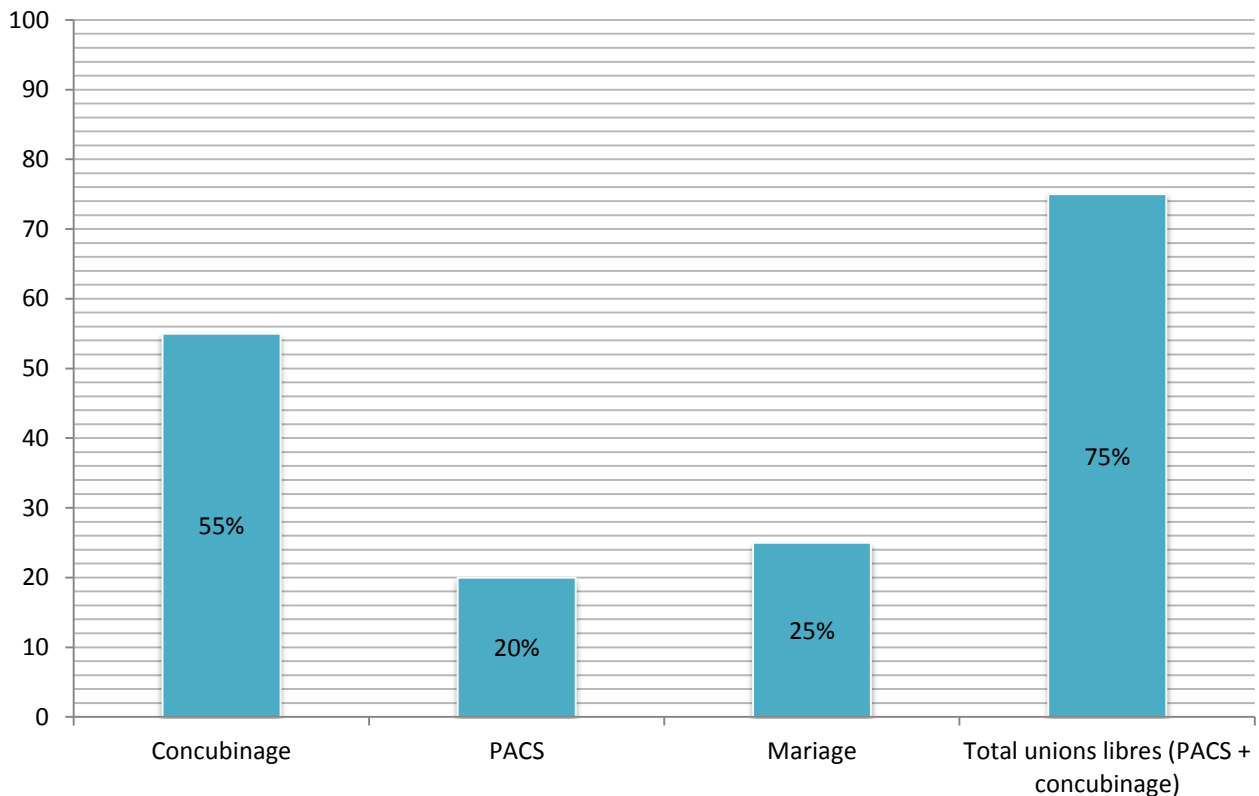
3.3. Forme et durée de l'union

Les entretiens se sont déroulés auprès de vingt couples.

La grande majorité des couples ayant témoigné étaient *des concubins* : onze couples sur vingt soit 55% ; ou plus généralement n'étaient pas mariés (concubinage et pacte civil de solidarité) : quinze couples sur vingt, soit 75%. Seuls cinq couples témoignant sur vingt étaient mariés, soit 25%.

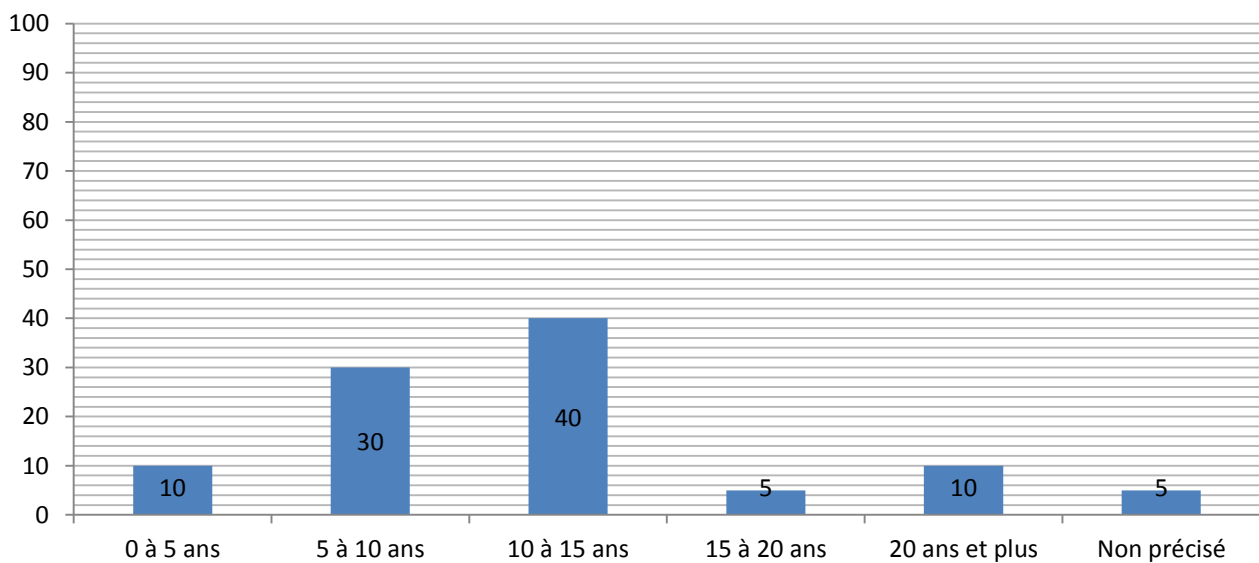
La faible représentation des couples mariés est liée au fait que, lors du divorce, le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il n'est pas rare qu'un contentieux survienne relativement à l'exercice de l'autorité parentale postérieurement au divorce, mais alors les parents ont plus facilement recours à l'autorité judiciaire qu'à un tiers extérieur, comme un médiateur par exemple.

Les formes d'union (en pourcentage) des couples ayant conclu un plan parental extrajudiciaire



Pour 90% des couples ayant témoigné, l'union de laquelle sont issus les enfants objet du plan parental a duré plus de cinq ans, et pour 60% d'entre eux, elle a duré plus de dix ans.

Durée de l'union (en pourcentage)



Durée et forme de l'union

DUREE DE L'UNION	0 à 5 ans	2
	5 à 10 ans	6
	10 à 15 ans	8
	15 à 20 ans	1
	20 ans et plus	2
	Non précisé	1
	TOTAL	20 couples
FORME DE L'UNION	Mariage	5
	Pacs	4
	Concubinage	11
	TOTAL	20 Couples (dont 15 en unions libres)

II. LE RAPPORT

Contenu. - Le rapport vise à présenter les enseignements de la recherche tant pour ce qui est de l'enquête de terrain que des réflexions menées sur le sujet des plans parentaux extrajudiciaires. Ces réflexions sont à la fois celles des membres de l'équipe au regard des différents éléments de la recherche, mais également celles menées par des professionnels ou des universitaires sur cette question, dans des ouvrages ou des articles consacrés au sujet.

Les développements ont été enrichis de contributions pratiques provenant soit de modèles de plans parentaux recueillis lors de l'enquête auprès de parents ou de professionnels ; mais aussi de Guide ou autres documents de ce type émanant notamment d'autorités étrangères et spécialement canadiennes. Il est également apparu nécessaire de faire figurer dans le rapport un exposé des règles de droit positif applicables à la question des accords parentaux, en France et dans un certain nombre de pays étrangers. Ces règles constituent en effet le contexte dans lequel les plans parentaux extrajudiciaires sont susceptibles d'être mis en œuvre.

Plan. - Le plan choisi pour le rapport est un plan chronologique qui est apparu comme le plus à même d'englober toutes les questions que soulèvent les plans parentaux extrajudiciaires. Il correspond en outre à la grille d'entretien avec les parents. Ainsi seront successivement abordés l'élaboration des plans parentaux (Partie I), le contenu des plans parentaux (Partie II) et enfin la mise en œuvre des plans parentaux (Partie III).

PREMIERE PARTIE : L'ELABORATION DU PLAN PARENTAL

Avant d'aborder la question de la forme du plan parental (chapitre 2) puis celle des acteurs de son élaboration (chapitre 3) et de son coût (chapitre 4), il semble nécessaire de rappeler la place des accords parentaux dans le système juridique français et de la comparer avec certains droits étrangers (chapitre 1).

CHAPITRE 1 : LA PLACE DU PLAN PARENTAL DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES FRANÇAIS ET ETRANGERS

§ 1. Le droit français

Si le droit français ne consacre pas formellement l'existence et la valeur des plans parentaux extra-judiciaires, il a clairement évolué ces quinze dernières années, pour favoriser le règlement amiable des situations résultant des séparations parentales dans lesquelles sont impliqués des enfants.

Coparentalité. - La loi du 4 mars 2002 a généralisé le principe de coparentalité. Désormais, les père et mère exercent en principe l'autorité parentale en commun, quel que soit leur statut matrimonial³, y compris s'ils sont séparés⁴. L'article 373-2 du Code civil énonce dans son alinéa premier que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ». Malgré leur séparation, les parents demeurent co-décisionnaires de la vie de leur enfant ; cela signifie qu'ils doivent décider en commun de la vie, et de l'organisation de la vie de leur enfant. Évidemment, la séparation et les conflits entre les parents rendent, parfois, l'exercice conjoint délicat, dans les faits.

Conventions homologuées. - L'article 373-2-7 du Code civil permet aux parents d'organiser les modalités de l'exercice de l'autorité parentale par une convention judiciairement homologuée⁵.

Médiation familiale. - La Cour européenne, en s'appuyant sur la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale⁶, considère que la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées représentent souvent l'unique solution pacifique, adéquate et tenant compte de l'état psychologique de l'enfant. Elle a pu reprocher à certains États « *l'absence de voie de médiation civile dans le système judiciaire national, dont l'existence aurait été souhaitable en tant qu'aide à une telle coopération à l'ensemble des parties au litige* »⁷. Ainsi, la Cour européenne pose une double exigence relativement à la médiation familiale : non seulement, les États doivent recourir à la médiation familiale lorsqu'elle fait partie de leur arsenal juridique⁸, mais ils doivent également la mettre en place lorsqu'elle n'est pas prévue par leur système juridique.

En France, l'article 373-2-10 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002 dispose que, « *À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* ». Par ailleurs, la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, a imposé à titre expérimental dans certains tribunaux déterminés par arrêté⁹, dans les procédures relatives à l'autorité parentale, le recours préalable à la médiation qui avait déjà été rendu possible

³ C. civ., art. 372. - Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, ce dernier exerce seul l'autorité parentale (art. 372, al. 2), sauf déclaration conjointe des père et mère (art. 372, al. 3).

⁴ C. civ., art. 373-2.

⁵ O. LAOUENAN, *Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002*, JCP 2003. I. 149.

⁶ Recommandation n°R (98) 1, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale, adoptée par le Comité des ministres le 21 janvier 1998.

⁷ CEDH 6 déc. 2011, *Cengiz Kiliç c/ Turquie*, req. n°16192/06

⁸ CEDH 20 déc. 2011, *Prodelalova c/ Rép. tchèque*.

⁹ Arr. n°AFSS1311619A, 16 mai 2013, désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation familiale préalable à toute demande de modification de décisions relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi qu'aux dispositions contenues dans la convention homologuée, NOR : JUSB1312259A, JO 31 mai, p. 8959. Il s'agit des tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras.

par le décret du 12 novembre 2010. L'obligation de médiation préalable peut être écartée si, en raison des délais d'obtention d'un rendez-vous avec le médiateur, les parties courent le risque de se voir priver de leur droit d'accéder au juge dans un délai raisonnable. Le recours à la médiation n'est pas non plus obligatoire lorsque la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention en vertu de l'article 373-2-7 du Code civil. Le texte prévoit également que le recours à la médiation peut être écarté en raison d'un motif légitime ; on peut notamment penser aux violences subies par un des parents de la part de l'autre. Lorsqu'aucun de ces motifs d'écarter la médiation n'est caractérisé, la tentative de médiation familiale est imposée par le texte sous peine d'irrecevabilité, laquelle, précise le texte, pourra être soulevée d'office par le juge.

Les articles 56 et 58 du Code de procédure civile issus du décret du 11 mars 2015 imposent – sauf urgence – d'avoir à justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige avant de saisir le juge par voie d'assignation, de requête ou de déclaration. Le demandeur à la procédure de divorce devra donc justifier des tentatives entreprises pour parvenir à un accord.

Le processus de faveur accordé aux accords parentaux se remarque également en droit comparé.

§ 2. Droit comparé

Si nombre de pays ont une législation comparable à la France qui favorise le règlement alternatif des conflits sans pour autant accorder formellement une place aux accords parentaux extrajudiciaires (A), les Pays-Bas et la Belgique constituent des exemples de législation dans laquelle ces plans font l'objet d'une réelle consécration (B).

A. L'incitation à l'élaboration d'accords parentaux par la faveur faite à la médiation

1. Canada

Si le Canada ne va pas jusqu'à imposer l'élaboration d'un plan parental en cas de séparation des parents, il favorise indirectement l'élaboration de plans parentaux extrajudiciaires, en promouvant fortement la médiation familiale lors de la séparation des couples mariés et en proposant un accompagnement exprès à l'élaboration de plans parentaux extra-judiciaires. Ainsi, plusieurs guides à destination des parents séparés et émanant du Ministère de la justice canadien, disponibles sur Internet¹⁰, visent à inciter les parents à organiser eux-mêmes les effets de leur séparation dans leurs relations avec l'enfant, et à les accompagner dans l'élaboration d'un plan parental. Ces guides affirment clairement leur objectif de permettre aux parents séparés l'exercice d'une parentalité pacifiée, nonobstant la séparation conjugale, et mentionnent explicitement que le recours au tribunal doit être le dernier recours.

Ainsi, le guide *Faire des plans - Guide sur les arrangements parentaux après le divorce ou la séparation, comment penser à votre enfant d'abord* constitue un document, de quatre-vingt-dix-neuf pages, qui définit les arrangements parentaux comme « les arrangements que les parents peuvent prendre en vue d'élever leurs enfants après une séparation ou un divorce, entre autres des arrangements sur l'endroit où les enfants vivront, l'école qu'ils fréquenteront, leur éducation religieuse, leurs soins médicaux, leurs activités parascolaires, etc. ». Il précise qu'un plan parental est un document écrit qui explique comment les parents élèveront leurs enfants après une séparation

¹⁰ *Faire des plans - Guide sur les arrangements parentaux après le divorce ou la séparation, comment penser à votre enfant d'abord*, Ministère de la Justice, Canada (http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/fdp-mp/FR-Parenting_Guide.pdf ; *Échantillon de clauses pour un plan parental, Outil d'accompagnement à « Faire des plans »*, Ministère de la Justice, Canada (http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/ecppp-ppt/Parenting_Plan_Tool.pdf); *Liste de vérification pour les plans parentaux* (<http://justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/lvppp-ppc/index.html>).

ou un divorce. Pour favoriser les accords amiables, le guide contient des développements sur les sentiments que les parents peuvent éprouver, et les sentiments éprouvés par les enfants face à la séparation. Il explique par ailleurs que les relations co-parentales demeurent malgré la séparation et qu'elles doivent être centrées sur l'intérêt de l'enfant. À ce titre, des conseils sont donnés aux parents pour parvenir à passer d'une relation de couple à une relation parentale.

Par ailleurs, le document guide les parents dans l'élaboration de leur plan parental, expliquant notamment quelles grandes catégories de décisions doivent être envisagées (cf. *infra*).

Enfin, une partie est consacrée aux situations particulières. La problématique des violences familiales, qui peuvent être infligées tant aux enfants qu'aux adultes, est notamment développée de manière très intéressante, le guide définissant et donnant des exemples de maltraitements physiques et psychologiques, d'exploitation financière et de négligence ; il explique également les modalités de règlements des différends lorsqu'il y a des antécédents de violences familiales.

Le guide *Échantillon de clauses pour un plan parental, Outil d'accompagnement à « Faire des plans »* fournit des échantillons de clauses de plan parental. Afin que le plan parental soit le plus précis possible, y compris lorsqu'il est élaboré par les parents seuls, le Ministère de la Justice canadien a également mis en ligne une *Liste de vérification pour les plans parentaux* contenant de multiples questions que les parents peuvent se poser pour vérifier la teneur de leur plan et notamment pour vérifier qu'ils ont abordé l'ensemble des points leur semblant essentiels, afin d'éviter qu'un conflit ne surgisse ensuite.

2. Québec

Au Québec, les autorités publiques ont estimé qu'il leur appartenait d'accompagner les familles dans la gestion de leur séparation, afin que les parents s'accordent notamment pour l'organisation de la vie de l'enfant. L'État a donc instauré un processus d'incitation à la médiation. Depuis cinq ans, a été instaurée la *Journée québécoise de la médiation familiale*. Cette journée se tient le premier mercredi de février de chaque année. Elle vise à sensibiliser la population à la médiation familiale et à l'informer des bienfaits de l'utilisation de ce mode amiable de résolution des conflits. Les autorités québécoises estiment que 82% des couples avec enfants qui ont utilisé la médiation familiale sont parvenus à conclure une entente, sans faire appel aux tribunaux. « *La médiation familiale permet aux ex-conjoints d'être mieux accompagnés pour vivre cette transition et pour parvenir à une entente équitable et satisfaisante pour chacun* »¹¹. Le système québécois met en place une législation favorable au recours de la médiation familiale, notamment pour la séparation des couples avec enfants. La loi québécoise du 1^{er} septembre 1997 permet aux couples avec enfants, qu'il s'agisse de « *conjointes mariés* » ou de « *conjointes de fait* », de recevoir les services subventionnés d'un médiateur professionnel lors de la négociation et du règlement de leur demande de séparation, de divorce, de garde d'enfants, de pension alimentaire ou de révision d'un jugement existant. On estime que cela permet aux membres du couple qui se séparent d'avoir recours aux services d'un médiateur familial accrédité afin de convenir de la meilleure entente possible pour eux et pour les enfants, et de faciliter ainsi, autant qu'il est possible, la séparation des parents et leur permettre d'assurer leur rôle parental conjointement auprès des enfants.

La loi québécoise prévoit également une séance d'information obligatoire sur la médiation lors du processus judiciaire du divorce. La séance d'information obligatoire s'adresse aux conjoints qui ne s'entendent pas sur l'une ou plusieurs des questions suivantes : la garde des enfants, les droits de visite et de sortie, le montant de la pension alimentaire, le partage du patrimoine familial, les autres droits résultant du mariage. Avant que la cause ne soit entendue devant un tribunal, les conjoints doivent obligatoirement assister à une séance d'information sur la médiation. Cette séance peut avoir lieu avant ou après le dépôt de la demande en justice.

¹¹ <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/accueil.htm>.

L'information fournie lors de la séance porte sur le processus de médiation, sa nature et ses objectifs, sur son déroulement, sur le rôle du médiateur ainsi que sur le rôle des conjoints pendant ce processus. À l'issue de la séance d'information, le couple fait son choix entre entreprendre une médiation pour parvenir à une entente, voire à un accord, et entreprendre ou poursuivre une procédure judiciaire.

La séance d'information peut être effectuée seulement en couple ou en groupe, suivant le choix du couple. Les personnes qui optent pour une séance d'information en couple, doivent se rendre ensemble au bureau du médiateur de leur choix qui leur fournit toute l'information nécessaire sur le déroulement du processus de médiation. La séance d'information en couple dure, « *approximativement* », une heure. À l'issue de cette séance, le couple peut prendre « *arrangement* » avec le médiateur « *informateur* » ou un autre, s'il décide d'entrer dans le processus de médiation.

Si les personnes ne s'entendent pas sur le choix d'un médiateur ou rejettent la séance de couple, il est possible de s'inscrire à une séance d'information de groupe auprès du Service de médiation familiale, au palais de justice de leur district judiciaire. La séance de groupe est d'une durée de deux heures trente. À l'issue de la séance, il est possible de choisir un médiateur afin de poursuivre la séparation du couple avec son accompagnement.

La séance d'information étant obligatoire, les membres du couple sont tenus d'y assister. La personne pour qui la séance d'information est obligatoire et qui n'y aurait pas assisté sans motifs sérieux pourrait être condamnée à payer toutes les dépenses relatives à la demande dont est saisi le tribunal. Si l'un des conjoints a des motifs sérieux de ne pas participer à la séance d'information, il doit en faire la déclaration à un médiateur de son choix. Ce dernier rédige ensuite un rapport au tribunal de la déclaration de motif sérieux qui lui a été faite, sans toutefois divulguer ce motif. Les conjoints sont alors dispensés de toute autre démarche relative à l'assistance à une séance d'information et le processus judiciaire poursuit son cours. Toutefois, le tribunal conserve toute discrétion pour ordonner la médiation plus tard, en cours d'instance.

À la suite de la séance d'information, le médiateur dépose un rapport de présence auprès du ministre de la justice du Québec. C'est ce rapport qui permet aux conjoints de faire entendre leur cause par un tribunal, même s'il y a encore des questions en litige.

En outre, le tribunal peut, parce qu'il l'estime approprié, à un moment donné de l'instruction d'une demande contestée, ordonner aux conjoints de recourir à la médiation. Ceux-ci choisissent leur médiateur et en informent le tribunal. S'ils ne le font pas, le Service de la médiation familiale leur désigne un médiateur. Si les conjoints n'ont pas entrepris la médiation à l'expiration d'un délai de vingt jours ou si l'un d'eux refuse de s'y soumettre à l'intérieur de ce délai, le médiateur en fait rapport au tribunal et transmet copie du rapport aux parties ainsi qu'à leurs avocats.

Les parents peuvent recourir à la médiation, y compris volontaire, avant d'entamer une procédure judiciaire mais aussi en cours de procédure.

Au terme du processus de médiation, le médiateur transmet son rapport au ministère de la justice du Québec et remet aux anciens membres du couple leur projet d'entente. Ceux-ci consulteront au besoin, un conseiller juridique afin de faire vérifier l'entente et/ou de faire entériner par le tribunal ou faire homologuer par le greffier spécial (selon les cas) leur projet d'entente. Le tribunal ou l'officier de la Cour, selon les cas, vérifie que l'accord respecte la loi, que le calcul de la pension alimentaire des enfants est conforme à la loi sur la fixation des pensions alimentaires ou que toute dérogation y est justifiée et raisonnable ; il s'assure aussi que l'intérêt des parents et des enfants est suffisamment préservé.

Outre le processus de médiation familiale qui est favorisé lors du processus de séparation des parents, le Québec met en place des dispositifs d'accompagnement des parents par exemple par l'instauration de séances gratuites sur la parentalité après la rupture offerte en soirée dans quarante-deux palais de justice répartis à travers le Québec. Ces séances s'adressent aux couples qui sont

séparés ou qui ont décidé d'entreprendre des démarches à cet effet. Elles leur permettent d'être bien informés des conséquences de la rupture, particulièrement sur les enfants, de même que des moyens et ressources mis à leur disposition, comme la médiation familiale.

Selon le ministre du Québec : « *la séparation ou le divorce est généralement difficile à vivre. Puisque la rupture de ses parents est un événement sans précédent dans la vie d'un enfant, il importe de tenir compte de ses réactions et de ses besoins pour l'aider à surmonter cette épreuve. La séance sur la parentalité après la rupture permet aux parents d'avoir accès à des solutions viables pour continuer à jouer adéquatement leur rôle auprès de leurs enfants, au-delà des considérations ayant entraîné leur séparation* »¹².

3. Allemagne

Ces dernières années, l'Allemagne, comme la France et de nombreux pays européens, a mis en œuvre un système tendant à promouvoir l'accord à amiable entre les parents séparés et pour ce faire, assure une place particulière à la médiation familiale, conformément à la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile. La vocation de la médiation familiale allemande est de parvenir à un accord stable des parents organisant la vie de leur enfant¹³.

Dans le but de favoriser la conclusion d'accords à l'amiable entre les parents séparés, les autorités allemands ont mis en place, d'une part, des mesures destinées à développer le dispositif de médiation et de résolution alternative des conflits et, d'autre part, un centre de consultation gratuite des parents séparés afin de les accompagner vers un accord sur l'organisation de la vie de leur enfant.

Les Centres de consultation (*Beratungsstellen*) constituent un instrument mis à la disposition des justiciables en droit de la famille. Ils offrent des consultations gratuites en matière de vie de couple, de séparation ou divorce dès lors que des enfants mineurs sont concernés. Ces centres incitent les parents à trouver des situations amiables à leur différend. Si le tribunal de la famille est saisi d'une procédure de divorce impliquant des enfants mineurs communs aux époux, il le notifie au service de protection de la jeunesse afin que ce dernier informe les parents des possibilités de consultation gratuite.

De plus, l'entente des parents permettant d'aboutir à l'élaboration d'un plan parental est favorisée, même lors du recours à l'autorité judiciaire, par des exigences formelles imposées dès la saisine de la juridiction familiale. La loi allemande du 21 juillet 2012 a introduit dans la Zivil Prozeß Ordnung (ZPO), qui est l'équivalent du Code de procédure civile allemand, et dans la FamFG une disposition tenant à obliger les parties et leurs conseils à envisager la possibilité d'un « *mode alternatif des règlements des différends* » avant de saisir le tribunal. En vertu du § 23, alinéa premier, phrase 2, FamFG, la requête écrite adressée au tribunal doit notamment préciser « *dans les cas appropriés* », si une tentative de médiation ou autre mode alternatif de résolution des différends a précédé la saisine de la juridiction ; elle doit également mentionner si des motifs particuliers s'opposent à un tel processus amiable. Le § 253, alinéa 3, n°1 ZPO, contient la même exigence sans toutefois la formule « *dans les cas appropriés* ». L'objectif de cette règle est d'imposer aux parties et à leurs conseils, au plus tard au moment de la rédaction de la requête, de réfléchir aux modes possibles de règlement du différend. Il est également de permettre au tribunal saisi de l'affaire de bénéficier immédiatement d'informations lui facilitant la perception des chances de succès d'un règlement amiable. C'est pourquoi, lorsque le demandeur indique des motifs s'opposant à un règlement amiable, il ne doit pas se contenter de formules vagues et creuses. Les §§ 23, alinéa

¹² <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/journee-med.htm>.

¹³ F. FERRAND, *Les modes alternatifs de résolution des différends en matière familiale. L'évolution du droit allemand*, AJ fam. 2013, p. 552.

premier, phrase 2 FamFG et 253, alinéa 3, n°1, ZPO, ne constituent toutefois que des « *dispositions sans sanction* », dont la violation ne rend donc pas la demande irrecevable. Le tribunal peut seulement, le cas échéant, faire surseoir le greffe à la notification de la demande en justice au défendeur et demander au demandeur de s'expliquer sur le recours passé ou éventuel à un mode amiable. On peut se demander si le moment de la rédaction de l'acte introductif d'instance n'est pas déjà trop tardif pour attirer l'attention du demandeur sur la médiation.

De façon générale, le juge familial allemand doit, sauf en matière de violences, inciter les parties à se concilier (§ 36, al. 1^{er}, phr. 2. FamFG). En vertu de cet article, le tribunal peut suggérer à tous les « *participants* » au procès familial, ou à certains d'entre eux seulement, une médiation ou autre mode alternatif de règlement des « *différends* ». Si les intéressés acceptent de participer à une médiation, le tribunal sursoit à statuer. Il peut toutefois fixer aux participants un délai dans lequel ils devront présenter au tribunal un accord ou un rapport sur l'état d'avancement de la médiation. Si un accord amiable est trouvé, il peut faire l'objet d'une transaction juridictionnelle le rendant exécutoire.

Il est important de noter qu'il existe des dispositions légales particulières pour les affaires concernant la résidence de l'enfant ou le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. Ces procédures devant être traitées le plus promptement possible et de façon prioritaire, le tribunal qui suspend la procédure en vue d'un règlement amiable extrajudiciaire est tenu de la rouvrir en principe au bout de trois mois si les participants n'ont pu conclure. Dans ces mêmes affaires, la législation allemande prévoit, à l'instar du droit français (article 373-2-10 du Code civil et 1071 du Code de procédure civile) que le juge peut enjoindre aux parents ou à l'un d'entre eux d'assister à une réunion d'information gratuite sur les modes alternatifs de résolution des différends auprès d'une personne ou institution désignée par le tribunal (ou de participer à une consultation auprès d'un service de la jeunesse par exemple) et de présenter ensuite un justificatif de participation.

Une étude allemande¹⁴ souligne les bons résultats de la médiation (années 2005, 2007 et 2009) : l'étude porte sur les conséquences de la médiation et de la procédure judiciaire dans les conflits en matière d'autorité parentale, de droit de visite et d'hébergement. Elle démontre que les réglementations du droit de visite ou de l'autorité parentale élaborées au cours d'une médiation conduisent à une satisfaction beaucoup plus durable que les décisions juridictionnelles, qui dans de nombreux cas, ne sont pas acceptées par les parents et provoquent de nouveaux affrontements. Cette étude indique que les parents, dans 89% des cas, ont été satisfaits du processus de médiation, alors qu'ils ne l'ont été de la procédure juridictionnelle que dans environ 40% des cas. Le coût de la médiation s'est élevé à 400 à 600 euros par parent (1000 à 1200 en cas d'assistance d'un avocat) alors que le coût moyen du procès était de 2070 euros par parent. Toutefois, il est important de noter une limite, considérée comme importante, dans la législation allemande ; il n'existe aucune aide financière publique à la médiation extrajudiciaire (avant ou en cours de procédure juridictionnelle).

4. Angleterre

En droit anglais, il existe des règles très détaillées que le demandeur doit suivre avant même la rédaction de l'assignation en justice et qui sont destinées à lui permettre de voir quel processus est le mieux adapté au règlement des différends. Le recours à la médiation n'est pas une condition exigée pour entamer une procédure de divorce, mais le passage par une réunion d'information sur la médiation est obligatoire avant de déposer la demande de pension alimentaire ou toute demande relative aux enfants. Selon la *Practice direction 3A* relative à la Partie 3 des *Family Procedure Rules 2010* (entrée en vigueur le 6 avril 2011), toute personne formant devant le tribunal une demande relative à l'organisation de la vie de l'enfant (contact, résidence, etc.) ou aux

¹⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/acr_ger_fr. - Voir également F. Ferrand, *La médiation civile en droit comparé : les exemples allemand et autrichien*, Revue internationale de droit comparé, 2009, vol. 61, p. 265-284.

conséquences financières du divorce doit avoir assisté à une réunion d'informations relative à la médiation. Les parties assistent séparément à ces réunions, qui expliquent les objectifs et le déroulement d'une médiation et permettent d'évaluer si la médiation semble appropriée en l'espèce. L'information vise à donner au justiciable un tableau d'ensemble de toutes les alternatives possibles pour régler le litige. Si, à l'issue des réunions d'information, les parties souhaitent tenter une médiation, elles seront convoquées à une réunion commune. Il existe quelques exceptions à cette obligation d'information préalable (notamment en cas de violences conjugales).

L'objectif est de faire connaître la médiation familiale par les justiciables et de combler ainsi un déficit d'information, en s'appuyant sur les associations de médiation dont les médiateurs organisent bénévolement les réunions d'information. Une telle injonction est insusceptible de recours. Si l'un des parents n'exécute pas l'injonction du juge, ce dernier pourra le condamner à tout ou partie des frais de justice, sauf si l'absence participation à la réunion était justifiée par un motif légitime (maladie, absence professionnelle, absence d'information).

À la suite de cette réunion d'information obligatoire, les parents peuvent décider de tenter le processus de médiation ou se tourner vers les autres modes alternatifs de règlement des litiges, mais ils peuvent également ne pas être convaincus par ces dispositifs et dans ce cas c'est le juge qui tranchera les questions et litiges relatifs à la séparation et aux enfants.

Le droit anglais, en matière de séparation des couples, prévoit la possibilité de mettre en œuvre, à tout moment de la procédure judiciaire, une médiation ou tout autre mode alternatif de règlement des litiges, tels que le droit collaboratif ou l'arbitrage.

Que ce soit dans le cadre de la médiation ou des autres modes alternatifs de règlement des litiges, l'accord des parents devra être ensuite homologué par le juge aux affaires familiales.

Évidemment, même si les parents parviennent à un accord, le juge peut adopter une autre réglementation que celle convenue entre les parents dès lors que l'intérêt de l'enfant le commande.

B. La consécration légale des plans parentaux extra-judiciaires

La consécration légale des plans parentaux extra-judiciaires peut revêtir plusieurs formes et surtout atteindre plusieurs degrés. Ainsi, peut-elle simplement passer par le fait que la loi vise les conventions parentales non homologuées par le juge et assure leur reconnaissance comme en Belgique ; ou aller jusqu'à imposer ces plans parentaux comme aux Pays-Bas.

1. Belgique

Si comme les autres pays européens, dont la France, la Belgique procède en favorisant les accords parentaux sans pour autant les imposer, elle se distingue en reconnaissant expressément les conventions parentales non homologuées par le juge.

La législation belge favorise clairement les accords parentaux notamment en incitant les parents à recourir à la médiation. Ainsi l'article 387bis du Code civil prévoit expressément que dans les litiges relatifs à l'autorité parentale, le juge donne aux parties toutes les informations sur l'intérêt de recourir à la médiation familiale. Il résulte de la loi du 21 février 2005 que les différends entre les père et mère à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale peuvent faire l'objet non seulement d'une médiation mais également d'un "accord de médiation" concernant "leurs engagements précis" qui devra être daté et signé par eux, sans qu'ils soient obligés de le faire homologuer par un juge¹⁵. Plus précisément, une disposition légale permet aux parents qui ont choisi l'hébergement partagé de l'enfant de bénéficier chacun pour moitié d'une exemption d'impôt en fournissant à l'administration fiscale, soit d'une décision de justice, soit la copie d'une convention

¹⁵ J.-L. RENCHON, *Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants* », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

enregistrée **ou** homologuée par un juge, dans laquelle est mentionné explicitement que l'hébergement des enfants est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables. C'est donc, comme le constate le Professeur Renchon, « qu'une telle convention est assurément valable et engage les deux parents, y compris à l'égard des tiers, sans qu'il y ait aucune nécessité qu'elle ait été homologuée, même s'il n'est pas exclu qu'elle puisse avoir été homologuée, conformément à ce que le législateur a prévu ou permis dans les différentes dispositions du Code civil ou du Code judiciaire ».

2. Pays Bas

Aux Pays-Bas, comme en France, la séparation des parents se veut sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, celle-ci demeurant exercée conjointement par les parents. Toutefois, contrairement à la France et à la majorité des pays d'Europe, les Pays-Bas ont pris le parti d'imposer aux parents qui se séparent, d'élaborer un plan parental, allant jusqu'à conditionner la séparation juridique des parents à l'élaboration dudit plan. Depuis 2009, les Pays-Bas ont mis en place un système obligeant les parents qui se séparent à établir un plan parental, soit seuls, soit accompagnés d'un avocat ou conseil juridique, ou d'un médiateur¹⁶. Il s'agit d'une solution juridique intéressante et spécifique du droit néerlandais. La séparation juridique des parents est donc conditionnée à l'élaboration d'un plan parental pour les couples officialisés par le droit (époux et partenaires enregistré), mais également pour les concubins qui souhaitent saisir le juge pour régler un conflit.

La loi néerlandaise ne se contente pas d'imposer l'élaboration du plan parental, elle impose également les points qui doivent nécessairement être traités par les parents dans ledit plan. Ainsi, il est exigé que le plan parental comprenne des dispositions relatives aux droits de visite et d'hébergement, au mode de communication des parents et au montant de la pension alimentaire. Toutefois, afin de faciliter l'élaboration du plan parental par les parents eux-mêmes, l'Etat a mis à leur disposition un site Internet spécialement destiné à cet effet. Ainsi, par le biais de ce site Internet, les parents peuvent rédiger promptement le plan parental et l'enregistrer. De même, pour la fixation de la pension alimentaire, point que la loi impose de faire figurer dans le plan parental, le site dispose d'un guide de calcul de la pension. Ce calcul s'effectue en fonction du temps passé, de l'âge de l'enfant et des revenus de chacun des parents.

La spécificité de la législation néerlandaise tient également au fait que, même dans le cadre judiciaire, c'est-à-dire pour une action en divorce avec enfant, l'action judiciaire est obligatoire mais pour autant les parents sont tenus de s'accorder en dehors du juge pour l'élaboration d'un plan parental portant sur le droit de visite et d'hébergement.

Ce dispositif législatif est un moyen de désengorger les tribunaux, puisque le système opère une distinction entre l'organisation de la vie de l'enfant, effectuée les parents, et le traitement des conflits par le juge. Le recours au juge se limite ainsi aux cas de conflits entre les parents sur l'exécution du plan parental.

¹⁶ M. VAUTRAVERS, *Des tulipes, de l'edam et un « plan parental »*, RJPF n°7-8, juill.-août 2014, p. 2.

CHAPITRE 2 : LA FORME DU PLAN PARENTAL

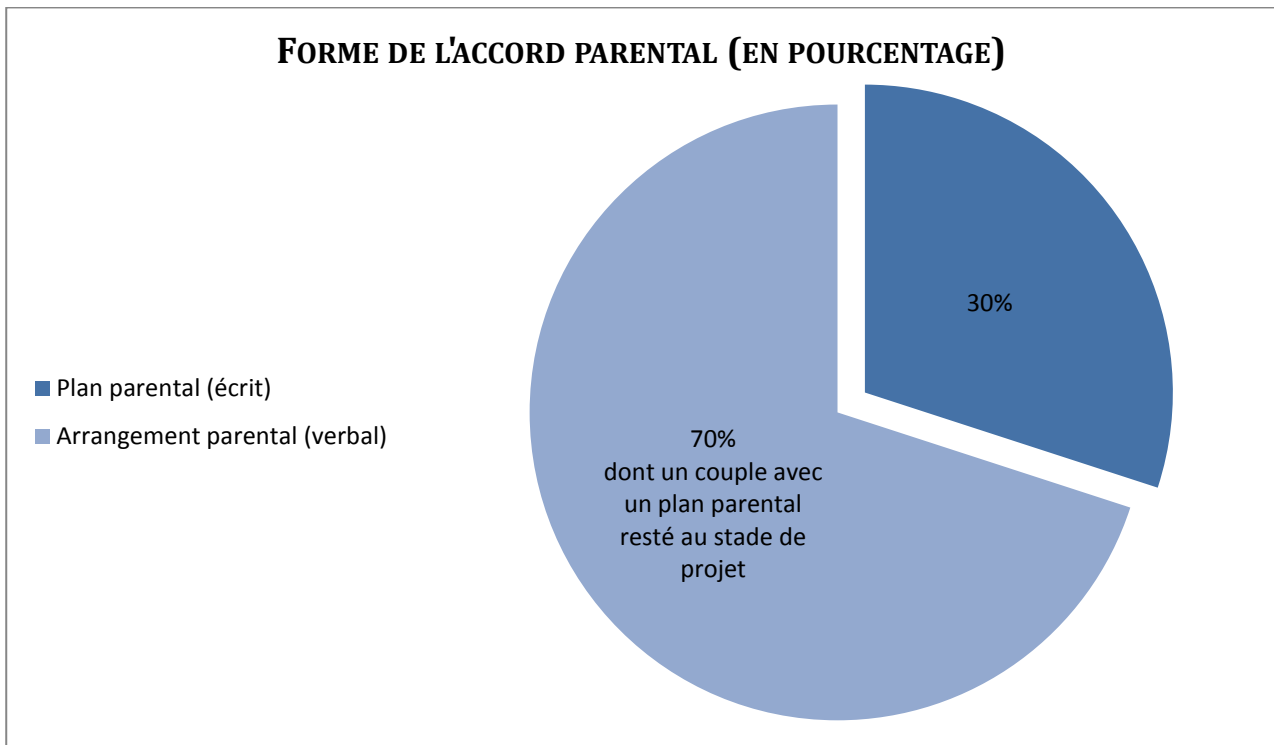
Dénomination. - La dénomination de l'accord parental est relativement variée : certains modèles sont intitulés *Convention de séparation amiable*, notamment lorsqu'il s'agit de régler l'ensemble des conséquences de la séparation pour les enfants mais également pour le couple, particulièrement lorsque celui-ci n'était pas marié.

Pour les accords portant seulement sur les conséquences de la séparation pour les enfants, les dénominations sont variées et plus ou moins précises. Un modèle proposé par une médiatrice s'intitule *Accord d'intention* ; d'autres portent simplement le titre *Accords* ou *Entente*. Ce terme d'entente ou d'entente de médiation figure également dans les modèles fournis par une des médiatrices canadiennes. L'autre médiatrice canadienne intitule ces modèles *Protocole d'accord* ou *Accords de médiation*. Une convention fournie par des parents s'intitule *Convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale*. Un accord est dénommé de manière très précise et quelque peu redondante *Convention d'accord parental pouvant être soumise pour homologation au juge aux affaires familiales*.

La dénomination *Plan parental*, notamment utilisée au Canada, paraît viser un accord plus formalisé, plus structuré et qui s'inscrit dans l'avenir. Il serait sans doute opportun en cas de généralisation de la pratique qu'une harmonisation ait lieu et que le recours à l'expression *Plan parental* soit favorisé.

Écrit ou oral. - A propos de la forme écrite ou non de l'accord parental, les entretiens réalisés auprès des parents montrent que *la pratique de l'écrit n'est pas encore très développée* : si les parents s'arrangent fréquemment entre eux pour les questions relatives à la prise en charge des enfants après séparation, *seuls 35 % des parents interrogés ont couché cet accord par écrit* (sept couples sur vingt). Il est à préciser qu'un des couples ayant élaboré un écrit n'a en réalité jamais signé la convention et finalement ne s'y réfère pas, le véritable accord étant alors verbal. Le plan parental (écrit) est donc pour eux resté simplement au stade du projet. Il a été une sorte d'étape dans l'élaboration de leur accord. Les deux parents ne l'ont d'ailleurs plus en leur possession. En prenant cette dernière donnée en compte, il apparaît donc en réalité que *seuls six couples sur vingt ont formalisé leur accord par écrit, soit 30% des couples témoignant*.

Ce faible pourcentage de parents ayant recours à un écrit peut s'expliquer par le fait que, lorsque les parents sont parvenus à écrire leur entente, ils vont ensuite en majorité en demander l'homologation judiciaire. L'un des couples qui a témoigné a d'ailleurs indiqué être en train de rédiger l'accord parental avec l'aide d'une médiatrice familiale. Lorsqu'ils y seront parvenus, les parents en demanderont l'homologation. Il semble que dans plusieurs hypothèses une évolution ait lieu pour ce qui est de la forme de l'accord, les parents parvenant dans un premier temps à un accord verbal qu'ils formalisent ensuite par écrit, éventuellement en en modifiant le contenu, et parfois dans la perspective de le faire homologuer par le juge. Cette souplesse de la forme de l'accord parental et son caractère évolutif paraissent nécessaires pour s'adapter à tous les couples et à l'évolution des relations de ces derniers dans le temps.



Bien que pour plusieurs médiateurs, l'accord écrit soit plus sécurisant que lorsqu'il demeure simplement verbal, tous n'ont pas la même pratique. Les médiateurs peuvent ainsi être divisés en trois groupes.

Pour un médiateur, les accords sont aussi bien écrits qu'oraux. Tel est en particulier le cas pour les couples non mariés. Pour les couples mariés en revanche, un écrit est généralement rédigé car les parents en ont besoin pour ensuite aller devant le juge aux affaires familiales. Il s'agit cependant davantage d'une impression d'ensemble que de véritables statistiques.

Pour trois médiateurs, les accords sont majoritairement écrits. Ces médiateurs expliquent que l'écrit a davantage de poids et qu'il est utile en vue d'une éventuelle homologation. Lors de l'entretien n°1, les médiatrices ont expliqué que l'accord demeurerait verbal quand il n'est pas suffisamment abouti, quand il porte sur des éléments peu importants ou quand il vient simplement approfondir (et non modifier) une décision de justice.

Enfin, pour trois autres médiateurs, les accords sont majoritairement oraux. Deux d'entre eux ont expliqué que l'objectif premier de la médiation n'est pas l'obtention d'un accord mais l'apaisement du conflit. Le rétablissement du dialogue va ensuite souvent permettre aux parents de trouver un accord entre eux, après la médiation. Les médiateurs de ce groupe expliquent que l'écrit n'est nécessaire que quand il y a un risque de mésentente important et que l'accord demeure fragile : plus la médiation est efficace, plus les personnes ont été apaisées, moins le recours à l'écrit est nécessaire. Par ailleurs, l'écrit n'est possible que si les parents y trouvent un intérêt, que s'ils le souhaitent.

Statistiques

Entretien n°1

En 2014, 209 médiations (tout confondu) :

- 103 accords écrits,
- 58 accords verbaux
- 48 médiations n'ont pas abouti (mais 27 étaient positives)

Entretien n°5

En 2013, 36 médiations :

- 2 accords écrits,
- 4 accords verbaux
- 14 cas : apaisement du conflit

Entretien n°7

En 2014, 205 médiations familiales conventionnelles et judiciaires terminées (hors expérimentation) :

- 51% : accords écrits
- 27% accords oraux
- 22% sans accord.

Trame de rédaction. - Plusieurs médiateurs expliquent que lorsqu'un écrit est rédigé, ils disposent d'une trame qui leur sert de base de rédaction. Ils ont à ce titre tous transmis des exemples d'accords écrits. Le contenu de l'accord est cependant adapté aux circonstances particulières de l'espèce. La trame sert en définitive davantage de mise en forme et contient les différents éléments sur lesquels il est opportun que les parents s'accordent.

Trois médiateurs ont à l'inverse expliqué ne pas avoir de trame, et faire écrire les parents eux-mêmes. Une médiatrice explique en effet que pour elle, les vrais accords sont des accords sur mesure : les parents font en fonction des besoins de chacun.

Dans le guide *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord*¹⁷ le Ministère de la justice canadien conseille également de mettre l'arrangement parental par écrit :

Vous n'êtes pas obligé d'avoir un plan parental écrit ou une ordonnance judiciaire après votre séparation ou votre divorce, mais si vous et l'autre parent êtes capables de vous entendre sur les arrangements parentaux, c'est une bonne idée de les mettre par écrit parce que parfois, les gens se souviennent des choses différemment. Un écrit sera utile si des problèmes surgissent.

(...) Un avocat spécialisé en droit de la famille peut aussi vous conseiller sur la pertinence de transformer votre plan parental en une entente ou de l'inclure dans une ordonnance judiciaire.

Un facteur à considérer est le fait que des écoles, des spécialistes médicaux et des ministères peuvent exiger une entente écrite officielle ou une ordonnance de la cour. Ils ont besoin de documents clairs et faciles à comprendre.

¹⁷ Préc.

Nombre d'exemplaires de convention. - Il ressort de l'enquête que chaque parent détient un exemplaire du plan parental, ce qui paraît logique. Le site Documentissime conseille également aux parents de rédiger la convention en deux exemplaires pour que chacun d'eux puisse en conserver un.

En outre, lorsqu'un professionnel intervient dans l'élaboration du plan parental, il en conserve généralement un exemplaire. Les médiateurs français détiennent un exemplaire (sur fichier informatique) de la convention lorsque ce sont eux qui l'ont rédigée (y compris si c'est avec les mots des parents). Ils ne détiennent en revanche pas d'exemplaire signé par les parents. C'est donc simplement de l'archivage.

La médiatrice canadienne conserve nécessairement un exemplaire de la convention dans la mesure où c'est elle qui la signe. En revanche, elle ne détient pas la convention signée par les parents.

Pour les avocats, la convention figure dans dossier de leur client. Mais il n'est pas possible d'en déduire une pratique, car cela résulte en général du fait qu'il y a une procédure en cours.

Pour l'avocate en droit collaboratif, il y a une convention qui est nécessairement soumise à homologation. Pour le reste, un PV d'accord est dressé. Il semble que l'avocat de chacune des parties en conserve un exemplaire.

En définitive, l'accord parental semble pouvoir rester au simple stade de l'arrangement parental oral ou être formalisé par un écrit. Il n'en demeure pas moins que majoritairement, l'écrit se révèle être plus sécurisant, en particulier pour les situations les moins pérennes, les plus conflictuelles. L'écrit paraît en outre préférable pour constituer une base de référence à laquelle les parents pourront revenir en cas de difficulté, ou pour la faire évoluer.

En revanche, lorsqu'il est formalisé par écrit, le plan parental n'est soumis à aucune forme particulière, ce qui paraît opportun afin de limiter au maximum les impératifs qui pourraient peser sur les parents désireux de souscrire un tel plan. Il paraît cependant que la proposition de modèle constitue une aide précieuse pour les couples qui souhaitent trouver un accord. Il serait sans aucun doute opportun que le Gouvernement envisage de proposer sur un site officiel un modèle de plan parental.

CHAPITRE 3 : LA TEMPORALITE DU PLAN PARENTAL

Moment de l'intervention de l'accord. - Le moment où l'accord parental intervient peut être très différent selon les parcours des couples. Il peut en effet intervenir tout de suite après la séparation ou bien plus tardivement, parfois même après qu'une décision judiciaire soit intervenue.

Le moment de l'élaboration de l'accord parental dépend de sa forme. Ainsi, concernant les quatorze couples qui se sont mis d'accord verbalement, pour huit d'entre eux, l'accord verbal est intervenu immédiatement après la séparation. Pour un de ces couples, si un accord a été convenu dès la séparation, rapidement des difficultés sont apparues, ce qui a poussé les parents à recourir à la médiation familiale. La médiation a débouché sur un nouvel accord, qui a tenu pendant six mois, avant que le couple ne décide de le modifier de nouveau.

Pour un couple, l'accord verbal s'est mis en place quelques mois après la séparation.

Pour un couple, l'accord s'est mis en place progressivement. Au moment de la séparation, il était difficile de parler d'accord car le choix de la résidence de l'enfant notamment a été imposé par la situation de précarité du père qui ne pouvait pas matériellement accueillir son enfant. Progressivement, le dialogue s'est instauré et l'accord s'est véritablement mis en place, en sachant qu'au moment des entretiens, le couple avait entamé une procédure de médiation, afin d'élaborer un écrit, en vue de le faire homologuer. Donc finalement les discussions sur le contenu de l'accord étaient toujours en cours.

Quatre des sept couples qui ont mis leur accord par écrit avaient réussi à s'entendre immédiatement après la séparation de manière verbale.

Pour un couple, l'accord écrit a été rédigé presque immédiatement après la deuxième décision du juge aux affaires familiales, soit trois à quatre ans après la séparation. Pour ce couple, un accord verbal était intervenu immédiatement après la séparation, l'accord avait été soumis à homologation. A la suite de conflits, liés notamment à la religion, la mère avait saisi le juge aux affaires familiales. C'est après cette décision que les parents se sont entendus pour un nouvel accord, écrit, non homologué. L'accord écrit a été appliqué pendant trois ans, avant que de nouveaux conflits liés à la religion ne poussent la mère à saisir le juge aux affaires familiales.

Pour un couple, un accord oral est intervenu un an après la séparation et la convention a été signée deux ans après la séparation.

Pour deux couples, l'accord écrit est intervenu seulement quelques mois après la séparation. Il est à noter que pour un d'entre eux, le couple est demeuré marié en dépit de la séparation, conformément aux convictions religieuses des deux parents, c'est la raison pour laquelle ils ont opté pour un écrit (notarié).

Pour un couple, un accord verbal est intervenu immédiatement après la séparation, mais à la suite de conflit, les parents se sont tournés vers la médiation familiale. C'est à l'issue de la médiation qu'un accord écrit a été rédigé par la médiatrice, soit un an après la séparation.

Pour un couple, l'accord écrit a été signé *plus d'un an après la séparation*.

Forme du plan parental

FORME DE L'ACCORD	ECRIT	7 (soit 35% des accords)
	VERBAL	13 (soit 65% des accords)

Recours au juge en amont de l'accord. - Sur les vingt couples, sept ont eu recours au juge. Cinq couples ont eu recours au juge uniquement avant de s'accorder. Pour trois d'entre eux, la saisine du juge avait pour objet le prononcé du divorce. L'accord parental s'est ensuite progressivement mis en place afin d'adapter le jugement, notamment en raison de l'âge des enfants

ou de la recomposition familiale. Pour un parent, la saisine du juge aux affaires familiales tient au fait qu'il pensait que c'était obligatoire. Le couple a donc déposé une requête conjointe pour une résidence alternée sur un enfant d'un an ; l'accord a été homologué. Par la suite, le père a de nouveau saisi le juge car la mère avait unilatéralement décidé de déménager. Et il y a huit ans, le couple s'est accordé à l'amiable. La saisine du juge, y compris pour homologation, leur a semblé sans intérêt car ils étaient suffisamment clairs et en confiance.

Pour un couple, le recours à l'autorité judiciaire en amont était lié à la maladie psychiatrique du père. La mère souhaitait en effet s'assurer de la sécurité et de l'intérêt de l'enfant. Elle souhaitait qu'un tiers extérieur puisse lui dire si l'enfant n'était pas en danger avec son père et donc si le père était en mesure de poursuivre son rôle parental. Mais la situation nécessitait de la souplesse, une adaptabilité à la maladie du père. C'est pourquoi le jugement a été amiablement modifié verbalement.

Un couple a eu recours au juge avant et après l'élaboration de l'accord. Dans cette hypothèse, l'autorité judiciaire a été saisie à trois reprises, deux fois avant la mise en place du plan parental et une fois après sa mise en place, attestant du fait qu'il a été un échec. Un accord verbal avait originellement été convenu entre les parents après la séparation. Ils ont formé une requête conjointe auprès du juge aux affaires familiales, l'accord a été homologué. Deux ans plus tard, la mère a saisi le juge aux affaires familiales pour des difficultés relatives au droit de visite et d'hébergement et à la religion. Peu de temps après le jugement, les parents se sont entendus et un plan parental a été rédigé par l'avocat du père et signé par les deux parents. Son application s'est ensuite révélée difficile. La mère a de nouveau saisi le juge aux affaires familiales pour des difficultés relatives au droit de visite et d'hébergement et à la religion, la décision a été rendue en janvier 2015, la mère a interjeté appel. Le plan parental n'est donc plus appliqué actuellement. Le recours au juge après la mise en place du plan parental est, dans cette situation particulière, symptomatique du maintien d'un conflit entre les parents relativement à l'exercice de l'autorité parentale sur leurs deux enfants mineurs.

Accords venant modifier une décision judiciaire. - En ce qui concerne les parents dont l'accord vient modifier une décision de justice, six parents invoquent la volonté d'adapter la décision à la situation concrète. Tel est, en particulier, le cas pour un couple en raison de la maladie psychiatrique du père : l'accord parental permet un maintien effectif de la relation entre le père et son enfant.

Raisons de l'absence de recours au juge. - En ce qui concerne les treize couples n'ayant pas eu recours au juge en amont, la volonté de demeurer en dehors du cadre judiciaire est liée à des causes variables.

Pour deux parents, il ressort que le juge renvoie à l'idée de conflit : on ne va devant le juge que lorsque l'on ne parvient pas à s'entendre. Un tel recours était donc inutile ; lors de l'entretien, la mère explique que, jusqu'à récemment, elle ne connaissait pas la possibilité de saisir le juge pour une simple homologation ; aujourd'hui, dans la mesure où l'accord est pérenne, même l'homologation lui semble inutile. Lors d'un autre entretien, une mère explique que le juge implique le recours à un avocat, ce qui renvoie à un phénomène de lutte : l'avocat du père aurait refusé le montant de la pension alimentaire, celui de la mère aurait demandé davantage, etc. Cette idée de conflit, fait que pour un parent, le recours au juge aurait été vécu comme un échec car finalement les parents n'auraient pas réussi à s'entendre.

Deux parents ont exprimé une certaine crainte du juge, en se demandant sur quels critères il se fonde pour rendre sa décision ; deux manifestent la peur de demander trop, de faire des demandes que l'on ne veut pas vraiment pour obtenir le plus possible ou qu'en demandant trop, cela lui nuise et que finalement il n'obtienne que peu de choses. Dans un autre entretien, une mère précise qu'elle a menacé le père de saisir le juge s'il ne prenait pas une décision pour les vacances scolaires. Elle explique avoir pensé faire une demande d'homologation, notamment en raison des conflits (surtout

ceux liés aux vacances) : « *Je l'ai d'ailleurs menacé d'aller voir le juge car on ne s'en sortait pas. Il avait une nouvelle compagne qui lui montait un peu la tête en lui disant que je voulais prendre le pouvoir, etc. A ce moment-là, j'ai même pensé arrêter la garde alternée. Mais quand il s'est séparé d'elle, tout est rentré dans l'ordre* ».

Cette crainte du juge s'explique également par le fait que le jugement renvoie à quelque chose de figé, de menaçant car la situation est cristallisée, la décision n'est pas évolutive (un parent : la mère fait ici référence à la situation de son nouveau compagnon, qui a des enfants d'une précédente union et dont le jugement très strict ne précise pas « sauf volonté contraire des parents » et qui donne lieu à des conflits) : ce serait donc l'emprise dans le temps de la décision de justice qui ferait que certains parents ne veulent pas y recourir.

Une mère explique ne pas avoir confiance dans les avocats (or, qui dit juge dit avocat pour elle), parce que lors du divorce, son avocate, qui était originellement aussi celle du père, a en réalité davantage défendu les intérêts du père que les siens.

Un père précise quant à lui qu'il ne voulait pas qu'un tiers vienne lui dire comment s'occuper de son enfant. Il explique avoir toujours eu du mal avec l'autorité et la hiérarchie. En outre, pour lui, un juge n'est jamais totalement neutre. Une telle conception renvoie ainsi à la crainte du juge et du jugement et au point de savoir sur quels critères est fondée la décision.

Une mère indique que le père ne voulait absolument pas aller devant le juge, contrairement à elle. La rédaction d'un écrit a ainsi été une espèce de compromis entre l'accord simplement verbal qui n'était pas sécurisant pour elle, et le jugement que le père refusait. Une autre mère précise qu'il est important que les parents sachent où ils en sont vis-à-vis de leur couple, de leurs sentiments respectifs lorsqu'ils décident d'organiser la vie de l'enfant à l'amiable, pour que les choses soient claires aussi pour l'enfant, pour ne pas qu'il soit perdu, or la décision de justice rend les choses beaucoup plus claires.

Une mère rapporte que le couple n'a pas voulu recourir au juge pour divorcer, pour des raisons religieuses (indissolubilité du mariage).

Pour d'autres, le recours au juge était dépourvu d'intérêt dans la mesure où les parents ont réussi à s'entendre à l'amiable et qu'ils sont dans une relation de confiance. Enfin, une mère évoque la volonté d'éviter que la situation ne s'enlise, ce qui a justifié le recours à un médiateur.

Recours au juge

RECOURS A L'AUTORITE JUDICIAIRE	NON	11 couples
	NON MAIS volonté de faire homologuer le plan parental	1 couple
	NON MAIS volonté de saisir le juge (conflit)	1 couple
	OUI avant l'élaboration du plan parental	6 couples
	OUI après l'élaboration du plan parental	2 couples

CHAPITRE 4 : LES ACTEURS DE L'ELABORATION DU PLAN PARENTAL

§ 1. Les parents

L'élaboration d'un plan parental implique à l'évidence la présence en face à face des deux parents, aucune représentation n'étant possible. Cette confrontation physique peut s'avérer difficile, voire impossible dans certaines hypothèses. Il en va ainsi au cas de violence conjugale.

Le guide canadien *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord*¹⁸ contient un développement sur les *Ententes parentales lorsqu'il y a des antécédents de violence familiale*.

Tous les membres de la famille doivent être en sécurité. Si vous craignez la violence familiale, il est important d'en tenir compte lorsque vous élaborez les arrangements parentaux. N'oubliez pas, vos enfants peuvent être directement ou indirectement témoins de violence familiale même si vous et l'autre parent n'habitez plus ensemble. Par exemple si vous mettez en place un calendrier parental qui fait en sorte que vous et l'autre parent devez-vous croiser, y a-t-il un risque de violence familiale ? Si oui, vous pourriez envisager d'établir un calendrier parental différent qui vous permet d'éviter les contacts en personne.

Il est important de tenir compte de la nature et de l'historique de la violence familiale. Certaines formes de violence familiale sont plus graves que d'autres du point de vue de l'élaboration d'un arrangement parental. Dans un cas, par exemple, un parent peut avoir été physiquement violent envers l'autre parent sur une longue période. Il peut aussi avoir usé de violence émotionnelle et essayé d'exercer un contrôle sur l'autre parent. Dans un autre cas, il pourrait n'y avoir eu qu'un incident où les deux parents se sont poussés l'un l'autre.

Examinez votre situation avec soin avant de décider du type de calendrier parental qui convient le mieux à vos enfants. Si vous craignez pour votre sécurité ou celle de vos enfants, voici quelques options à envisager :

- un *échange supervisé*, dans le cadre duquel les parents viennent chercher et laisser l'enfant en présence d'une tierce personne. Il est possible de décaler les heures où les parents viennent chercher et laisser leurs enfants de sorte qu'ils ne se voient pas;
- une *visite supervisée*, où un parent et un enfant passent du temps ensemble en présence d'une tierce personne;
- *aucun contact* entre un parent et un enfant.

L'élaboration d'un plan parental peut également s'avérer délicate en cas de conflit exacerbé entre les parents. Dans ce dernier cas, on peut cependant penser qu'une médiation pourrait justement permettre d'apaiser le conflit et de placer les parents dans des conditions permettant la négociation d'un plan parental.

Dans son article *Le plan parental. Un outil de coparentalité*¹⁹, Véronique Chauveau, avocate, insiste sur le fait que l'élaboration d'un plan parental exige une grande communication des parents. La communication et la mise de côté de rancœurs personnelles des parents, pour se concentrer sur

¹⁸ Préc.

¹⁹ AJ fam. 2013, p. 269

l'enfant et son seul intérêt, sont des conditions nécessaires et indispensables pour élaborer un plan parental.

L'élaboration du plan parental implique une négociation personnelle entre les parents. Selon le *Guide canadien sur les arrangements parentaux* :

La négociation personnelle consiste en des discussions entre vous et l'autre parent pour essayer d'en arriver à un compromis ou à une entente sur les questions liées au rôle parental.

Quelques points à considérer : vous et l'autre parent exercez un contrôle complet sur les discussions puisqu'aucune tierce partie n'y est mêlée; vous pouvez utiliser la négociation pour régler des questions en tout temps - même si vous avez amorcé un processus judiciaire; la négociation peut être plus rapide que d'autres options, puisque vous et l'autre parent êtes les seuls participants; dans des situations où il y a des problèmes de pouvoir et de contrôle ou de violence, il pourrait être impossible pour vous et l'autre parent de négocier sur un pied d'égalité; dans les situations où il y a eu de la violence familiale et qu'il y a encore des préoccupations en matière de sécurité, il n'est peut-être pas conseillé que vous et l'autre parent soyez seuls ensemble; les négociations personnelles peuvent aussi être difficiles lorsqu'il y a des troubles graves de santé mentale ou des problèmes de toxicomanie.

Selon Véronique Chauveau²⁰, « le processus conduisant à un accord nécessite de passer par différentes étapes. Ainsi, l'écoute de chacun, la reformulation du point de vue de l'autre ou encore la mise par écrit des points d'accords initiaux, permettent d'installer les fondations nécessaires au dialogue. La discussion peut alors s'ouvrir sur les points de désaccord, afin que les parents cherchent des solutions et choisissent ensemble les meilleures idées. Les décisions prises à deux peuvent enfin être formulées par écrit et mises à l'essai. Enfin, quelques semaines de pratique permettent aux parents de s'interroger ensemble sur le point de savoir si la solution choisie a ou non rempli les objectifs espérés ».

Internet. - Les parents peuvent trouver sur Internet des modèles de plans parentaux, ce qui constitue une nouveauté, à l'égard de laquelle il convient cependant d'être prudent en raison de l'absence d'indication quant aux auteurs des modèles proposés.

Ainsi, le site Documentissime propose un *Modèle*. Le document contient une rubrique intitulée *Quand utiliser ce modèle d'accord parental relatif aux enfants* :

Vous êtes parents d'un ou plusieurs enfants et vous êtes sur le point de vous séparer ou déjà séparés. Vous décidez de fixer d'un commun accord les modalités d'exercice de l'autorité parentale (mode de garde) ainsi que les modalités de versement d'une éventuelle contribution financière à l'entretien et l'éducation du/des enfant(s). Pour ce faire, vous rédigez une convention. Le présent modèle vous aidera dans la rédaction de cette dernière.

Le site précise en outre que « le présent modèle envisage différentes hypothèses. Il convient dès lors de le personnaliser afin qu'il corresponde au mieux à votre situation ». Il renvoie ensuite à une

²⁰ Art. préc.

proposition d'achat de *Pack tout en un* pour entamer une procédure de divorce ou de séparation de corps, ce qui paraît quelque peu contestable !

Le site de Michel Huyette (<http://www.huyette.net/article-25929864.html>) propose également un modèle (annexe n°21) inclus dans un article d'Hugo Rialland qui a exercé les fonctions de juge aux affaires familiales (18 décembre 2008, publié par Parolesdejuges).

Papa, maman et le juge - La convention parentale ou le jugement

Hugo Rialland

L'une des évolutions récentes du droit de la famille consiste à responsabiliser les parents, mais également, et pour cela à les replacer au centre des décisions concernant leurs enfants. C'est en effet leur juste place, et l'on peut s'interroger sur l'utilité et l'efficacité d'une justice « familiale » qui infantilise ceux qui doivent définir au quotidien le cadre de vie d'un enfant.

Les « outils » existent pour participer à cette restauration de la place des parents, à commencer par les avocats, et les médiateurs familiaux qui permettent de trouver des points d'accords entre les parents, nécessairement plus proches des réalités de leurs enfants que le point de vue du tiers extérieur qu'est le juge aux affaires familiales.

L'aboutissement de cette responsabilisation des parents consiste inévitablement dans la signature d'accords parentaux, ou d'une convention parentale qui, homologuée par le juge, constitue la décision qui fixe le cadre de vie de l'enfant.

Ces conventions sont relativement complexes à rédiger, parce qu'un certain nombre de précisions doivent y être incluses. Il n'en existe pas à ma connaissance de disponible en accès libre et gratuit, et c'est pour cela que nous avons tenté d'en rédiger une, avec l'expérience modeste de quatre ans de pratique des affaires familiales et une concertation locale, qui puisse permettre aux parents de réfléchir ensemble et de décider ensemble des conditions dans lesquelles leur enfant vivra la séparation de ses parents.

Elle ne dispense absolument pas de prendre conseil auprès d'un avocat, et n'aura de valeur juridique qu'une fois homologuée par le juge qui vérifie notamment la sincérité des consentements et la conformité à l'intérêt de l'enfant.

Capacité. - La mise en place d'une mesure de protection au bénéfice d'un parent n'emporte pas automatiquement de restriction à l'exercice de l'autorité parentale. L'article 373 du Code civil prévoit certes la possibilité de perte de l'exercice de l'autorité parentale, mais à la condition que le parent soit « *hors d'état de manifester sa volonté* ». Une étude de jurisprudence a d'ailleurs permis d'établir que dans de telles hypothèses « *L'exercice de l'autorité parentale reste très souvent commun, la vulnérabilité du parent ayant plutôt des conséquences sur le droit de résider avec l'enfant ou le droit de visite et d'hébergement* »²¹. L'article 458 du Code civil inclut dans la catégorie des actes strictement personnels, ne pouvant donner lieu à représentation ou assistance, les « actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant »²². La qualification d'acte strictement personnel ou non, n'est pas évidente, en particulier parce que la convention parentale comporte le plus souvent un versant alimentaire, donc patrimonial. La Cour de cassation a ainsi indiqué que l'action en justice concernant l'exercice de l'autorité parentale relève de la catégorie des actes strictement personnels²³, mais ne s'est pas prononcée quant à la contribution à l'entretien. Un éclaircissement serait donc bienvenu. Il semblerait cependant que le plan parental fasse partie de

²¹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *La personne vulnérable et son enfant* : Dr. Famille 2012, étude 17.

²² S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'acte personnel de la personne vulnérable* : RTD civ. 2012, p.1.

²³ Cass. 1^{ère} civ. 6 nov. 2013, RTD civ. 2014, p. 84, J. Hauser.

la catégorie des actes strictement personnels dès lors qu'il a essentiellement pour objet les relations du parent avec son enfant, et qu'il puisse donc être valablement conclu par un parent placé sous curatelle ou tutelle, sauf à démontrer qu'il est hors d'état de manifester sa volonté. On peut penser que la demande d'homologation du plan pourrait également être qualifiée d'acte strictement personnel ; dans ce cas, soit le parent n'est pas suffisamment discernant pour agir, et l'homologation ne pourra pas être demandée ; soit il l'est, et l'homologation pourra être demandée sans intervention de son protecteur. Si, à l'inverse, on considère que l'homologation du plan parental n'est pas un acte strictement personnel, le parent placé sous une mesure de protection devra être assisté ou représenté par son curateur (art. 467 C. civ.) ou tuteur (art. 475 C. civ.).

Dans les entretiens menés pour la présente étude, seul un parent est placé sous un régime de protection : il s'agit d'une mesure de curatelle qui a été rendue nécessaire par des troubles psychiatriques. Le plan parental, dans cette hypothèse, a justement été mis en place pour permettre une meilleure adaptation à la situation. Alors qu'un jugement avait prévu une rencontre mensuelle entre le père et l'enfant, les parents ont pu se mettre d'accord sur des modalités plus souples, adaptées aux fluctuations de l'état de santé du père. Précisons que ce plan parental n'a pas, par la suite, été soumis à homologation ; le juge n'a donc pas eu à se prononcer sur la qualification d'acte strictement personnel.

§ 2. L'accompagnement des parents par un tiers

Modèles. - Selon Véronique Chauveau²⁴, si la communication est bloquée, le recours à une tierce personne, neutre, tel un médiateur familial, peut s'avérer utile. Professionnel de la gestion des conflits, son rôle est de rétablir la communication entre les parents pour les amener à trouver eux-mêmes des accords durables et mutuellement acceptables, tenant compte des besoins de chacun et surtout des enfants, dans un esprit de coparentalité. La médiation aide à pacifier le conflit et responsabilise les parents. Un processus basé sur le dialogue, l'écoute, l'expression des émotions, est mis en œuvre ; ce qui favorise l'apaisement de la relation, la compréhension mutuelle, le changement des états d'esprit et donc la coopération parentale.

De même, selon le guide canadien, *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord*, « vous pouvez conclure une entente avec l'autre parent en utilisant la négociation (avec ou sans un avocat), la médiation ou le droit collaboratif. Vous pourriez aussi demander à une autre personne de trancher la question au moyen de l'arbitrage (offert dans certaines provinces) ou en vous adressant au tribunal ».

Enquête. - Sur l'ensemble des parents ayant témoigné, dix parents, au sein de huit couples, ont eu recours à un tiers pour l'élaboration de leur accord, soit 41,7% des parents et 40% des couples interrogés.

Il est particulièrement éloquent de noter que 100% des accords écrits ont été effectués avec l'aide d'un tiers. En effet, les sept couples dont l'accord est formalisé par un écrit (ou qui ont élaboré un projet de convention) ont tous eu recours à un tiers. En outre, le couple qui a expliqué être en train de formaliser son accord par écrit, en vue ensuite de le faire homologuer, a également eu recours à un tiers, en l'occurrence à un médiateur.

Le tiers a principalement eu pour fonction la rédaction ou l'aide à la rédaction de l'accord (pour sept des huit couples ayant eu recours à un tiers) : quatre couples ont sollicité l'aide d'un médiateur ; deux parents ont consulté un avocat ; un couple a eu recours à un notaire quelques mois après la séparation (les parents refusaient en effet tous les deux le divorce pour des raisons religieuses ; le notaire a rédigé la convention) ; un couple a eu recours en premier lieu à une association (Famille en Gironde) pour des conseils, avant qu'une connaissance de la mère, professeur de droit, ne lui propose de rédiger la convention.

²⁴ Art. préc.

Recours à un tiers dans l'élaboration du plan

AYANT EU RECOURS A UN TIERS POUR L'ELABORATION DE L'ACCORD	AVOCAT		2 parents
	MEDIATEUR		6 parents (4 couples)
	NOTAIRE		1 parent
	AUTRES	CIDFF Centre d'informations sur les droits des femmes et des familles	1 parent
		Association Famille en Gironde	1 parent
		Connaissance (juriste)	1 parent
	Ayant eu recours à un tiers et ayant élaboré un plan parental (écrit)		8 parents – 7 couples (100% des accords écrits)
SANS RECOURS A UN TIERS			14 parents

A. L'intervention d'un médiateur²⁵

Enquête. - Sur les quatre couples ayant utilisé les services d'un médiateur, le moment et le rôle de ce dernier ont été différents. Pour l'un d'entre eux, le médiateur a joué un rôle de *conciliateur* entre les deux parents et a aidé à l'élaboration d'un projet de convention, projet finalement jamais signé et qui n'est pas appliqué aujourd'hui. Le véritable accord parental est verbal. Pour le deuxième, la mère a d'abord contacté le Centre d'informations sur les droits des femmes et des familles (CIDFF), mais cela s'est avéré peu utile. Puis un processus de médiation fut entamé. La médiatrice a permis une écoute et un apaisement des conflits. Elle a également aidé à la rédaction d'un accord écrit en vue d'une homologation. Pour le troisième couple, la décision du juge aux affaires familiales prononçant le divorce était originellement appliquée de manière stricte. Progressivement, chacun des parents s'en est éloigné, en raison notamment du fait que le père de l'enfant a refait sa vie et allait de nouveau être père. Les assouplissements finissaient par être source de conflit. Avant que la situation ne s'enlise, les parents ont décidé de recourir à une médiation familiale. Le médiateur a joué un rôle de conseil et de conciliateur. Il a rédigé la convention parentale (qui n'a pas été soumise à homologation). Pour le quatrième couple, à la suite de conflits, les parents ont eu recours à une médiation familiale qui a débouché sur la rédaction d'un accord. Le médiateur a joué à la fois un rôle de *conseil et de conciliateur* des parents et d'*aide à la rédaction de la convention*.

²⁵ F. FERRAND, *La médiation civile en droit comparé, Les exemples allemand et autrichien*, RIDC 2009/2, p. 265 s. ; La transposition en droit français et en droit allemand de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile – confrontation des conceptions nationales en matière de règlement amiable des différends, ZZPInt. (Zeitschrift für Zivilprozeß International) 16 (2011) ; F. FERRAND, *Les modes alternatifs de résolution des différends en matière familiale. L'évolution du droit allemand*, AJ fam. 2013, p. 552. – E. GUINCHARD, *La médiation, contrainte à la réussite ? Brèves remarques à l'occasion de la transposition de la Directive Médiation en Europe*, RTD Eur. 2012, p. 689. – J. DAHAN, *La médiation en matière familiale*, in J.-P. BONAFE-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER, M. SOUQUET et coll., *Les médiations, la médiation*, Toulouse, Erès, 1999. – M. DOUCHY-LOUDOT, *Médiation, un outil au service de la famille*, RTD Eur. 2012, p. 687.

Le recours à la médiation est dans la plupart des cas mentionné dans le plan parental. Ainsi, par exemple, un couple a indiqué dans son plan parental :

La médiation nous a permis d'établir un dialogue à propos de notre réorganisation familiale et de prendre des décisions en ce qui concerne les enfants. Nous avons pris en compte les besoins de chacun des membres de la famille, en particulier ceux des enfants.

Dans un certain nombre de conventions (notamment celles de l'une des médiatrices canadiennes), il y a un préambule rédigé par le médiateur et relatant le parcours des parents en médiation et jusqu'à l'entente :

Lors d'une procédure judiciaire initiée par pour qu'une décision soit prise pour les modalités de déplacement des enfants d'un domicile à l'autre, dans la mesure où les domiciles des parents sont éloignés. Il leur a été demandé de rencontrer un médiateur familial pour s'informer sur la mesure de médiation. A la suite de cette information, ils ont décidé d'entreprendre une démarche de médiation familiale. Lors de cette médiation, ils ont choisi de demander un report d'audience pour tenter de trouver ensemble les meilleurs accords possibles et surtout reprendre un dialogue parental constructif.

Nous les avons accompagnés lors de trois entretiens de médiation familiale du 26 avril 2014 au 3 septembre 2014.

Nous avons pu mesurer leur courage et leur volonté, malgré la souffrance, d'établir un dialogue et trouver les meilleures solutions possibles pour leurs enfants, dans un esprit de coopération et de co-responsabilité parentale.

Le guide du Ministère de la justice canadien *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord* semble favorable à la médiation dans le cadre de l'élaboration des plans parentaux :

Un médiateur est une tierce partie neutre qui peut vous aider, vous et l'autre parent, à cerner les points en litige, à en discuter et à trouver des solutions possibles. Vous et l'autre parent devez exprimer directement à l'autre vos souhaits et vos besoins. Vous exprimez aussi ce que vous croyez être dans l'intérêt supérieur des enfants. Il vous incombe, à vous et à l'autre parent, de prendre des décisions en ce qui concerne votre arrangement parental. Le médiateur n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance ou de vous forcer à vous entendre. [...]

Quelques points à considérer :

- la médiation coûte habituellement moins cher que le processus judiciaire;
- la médiation peut être beaucoup plus rapide que le processus judiciaire;
- la médiation peut être confidentielle;
- vous pouvez utiliser la médiation pour régler des problèmes en tout temps - même si vous avez amorcé un processus judiciaire;
- la médiation favorise une meilleure communication entre les parents sur les questions liées aux enfants (ce que vous dites, comment vous le dites, comment vous écoutez) et elle peut vous aider à vous concentrer sur les besoins de vos enfants;
- la médiation nécessite habituellement des communications et des réunions en personne, ce qui peut être difficile pour certains parents;
- la médiation peut inclure d'autres personnes que les parents. Par exemple, un nouveau conjoint ou des membres de la famille élargie peuvent y participer, au besoin. Cela peut parfois aider à aller au cœur des problèmes.
- La médiation comporte habituellement des discussions en personne avec l'autre parent. Par conséquent, elle ne convient pas à tous. Par exemple, s'il y a eu de la violence familiale et qu'il y a encore des préoccupations liées à la sécurité, il pourrait vous être impossible, à vous et à l'autre parent, d'utiliser la médiation d'une façon sûre et efficace. C'est un point à retenir. Avant d'amorcer la médiation, un médiateur compétent vous demandera, à vous et à l'autre parent, de passer par une présélection afin de déterminer si la médiation est appropriée. Dans certains cas, la médiation dite « de la navette » peut être indiquée. Dans cette forme de médiation, vous et l'autre parent n'avez pas besoin d'être dans la même pièce. Le médiateur parle à un parent, puis à l'autre parent séparément. Vous et l'autre parent négociez avec l'aide du médiateur, sans être face à face. Il est aussi possible de faire une médiation dans des endroits différents à l'aide de la technologie, par exemple au moyen d'une téléconférence ou d'une vidéoconférence. Vous pourriez le faire si vous et l'autre parent vivez dans des villes différentes, par exemple.

Point de vue des médiateurs. - Une médiatrice familiale ayant étudié aux Etats-Unis et au Canada, souligne²⁶ l'importance d'accompagner les parents qui se séparent afin de pouvoir instaurer ou restaurer une communication entre les deux parents, de façon à ce qu'ils s'accordent de manière pérenne sur l'organisation de la vie de leur enfant. Selon elle, les accords parentaux conclus dans le cadre d'une médiation familiale, permettent de construire la « paix », c'est-à-dire une entente durable bénéfique à l'enfant et aux parents, alors que les accords conclus par les parents seuls connaîtraient plus de difficulté lors de leur exécution. Les témoignages que présente Mme Souquet mettent en lumière les bienfaits de médiation dans le processus d'établissement d'un plan parental. *« La médiation familiale permet aux parents qui se séparent, non seulement de prendre les décisions nécessaires du moment, mais aussi de mettre en place un mode de fonctionnement qui se*

²⁶ M. SOUQUET, *Les effets à long terme de la médiation familiale : de « faire la paix » à « construire la paix »*, Médiation familiale et lien social, Revue Empan, Erès, déc. 2008 n°72, p. 68.

veut durable »²⁷. Selon certaines études réalisées notamment aux Etats-Unis sur les effets de la médiation, citées par Mme Souquet, outre la satisfaction des parents quant à la médiation familiale, il semble que ces derniers se conforment mieux aux accords décidés par eux-mêmes en médiation qu'aux décisions prises par le juge et que peu de parents passés par la médiation retournent ultérieurement au tribunal. Enfin, les parents ayant élaboré un accord en passant en médiation sont moins en conflit un an après l'élaboration de l'accord que ceux qui n'y sont pas passés et ont élaboré seuls le plan parental.

Dans le même sens, une enquête menée auprès de bénéficiaires d'une médiation familiale dans le cadre de la Caisse d'allocations familiales montre que « l'impact du service proposé semble majoritairement positif tant sur le plan relationnel que sur le plan des accords conclus entre les parents ou sur la possibilité d'un exercice conjoint de l'autorité parentale »²⁸.

De manière unanime, les médiateurs rencontrés considèrent que leur rôle principal est l'apaisement du conflit et l'écoute des parents, la restauration du dialogue. La médiation permet en effet de créer un espace neutre d'écoute et d'expression. L'aspect psychologique de la médiation est alors fortement mis en avant par les professionnels (notamment les entretiens n°1, 2 et 6 Médiateur). Les professionnels insistent également sur la déontologie et la nécessaire neutralité du médiateur : le médiateur n'est pas là pour conseiller les parents. Tout au plus peut-il les amener à s'interroger sur le bienfondé de leur décision, vis-à-vis de l'intérêt de l'enfant.

S'agissant de l'élaboration de la convention et plus précisément de sa rédaction, les positions des médiateurs sont variables. En effet alors que certains affirment que le médiateur n'a pas à rédiger la convention, d'autres au contraire expliquent qu'il leur arrive de rédiger les conventions parentales. Cependant, afin de respecter leur devoir de neutralité, les médiateurs qui rédigent les plans parentaux expliquent qu'ils rédigent en fonction des dires des parents, qu'ils utilisent les mots des parents, qu'ils mettent simplement l'accord en forme en cas de difficultés rédactionnelles des parents, en collant le plus possible avec leurs mots, car il s'agit de l'accord des parents, qui doit alors faire sens pour eux.

Il est à noter une particularité pour la médiatrice canadienne, qui explique rédiger entièrement les plans parentaux (appelés *ententes*) en utilisant les mots de parents, et les signer elle-même. Les plans parentaux ne sont en effet pas signés par les parents, mais par le médiateur qui les fait ensuite parvenir aux parents. Le médiateur s'engage donc.

L'initiative de la médiation. - Les médiateurs s'entendent pour dire que l'initiative de la médiation vient indistinctement du père ou de la mère, voire des deux conjointement. Tout en faisant ce constat, trois médiateurs notent une augmentation des premières demandes par les pères ainsi qu'une augmentation de leurs revendications. Les médiateurs expliquent ce phénomène, d'une part, par le fait que les pères craignent davantage l'autorité judiciaire ; ils ont l'impression de n'avoir que peu de chance d'obtenir satisfaction de leur demande devant un juge. D'autre part, ce phénomène semble lié à une volonté renforcée des pères de s'impliquer dans la vie de leurs enfants, y compris pour ceux qui en étaient absents durant leur vie de couple.

De l'avis général, il n'y a *pas de profil-type* de parents venant en médiation familiale pour régler les problèmes liés notamment à l'organisation de la vie de l'enfant après une séparation, que ce soit en fonction de l'âge, de la catégorie socioprofessionnelle ou encore de la forme d'union.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. MINONZIO (dir.), *Evaluation des services de médiation familiale en gestion directe des CAF : premiers résultats de l'enquête auprès des bénéficiaires*, note de synthèse, Dossier d'étude, n° 82, juill. 2006 ; voir également FENAMEF, *Evaluation des effets du processus de médiation familiale sur les médiés*, oct. 2006, synthèse faite par le GLYSI, février 2007. Cette recherche entreprise par la Fédération nationale de la médiation familiale porte sur les effets à moyen terme, d'un an à quatre ans, après la fin de la médiation. Il ressort de cette étude que 60% des parents « trouvent que le passage en médiation a été utile ou très utile, essentiellement dans les aspects communicationnels entre les parents ». De plus, 60% des parents pensent que la médiation leur a permis de trouver des solutions satisfaisant les besoins des enfants. Dans le même sens : Le dossier d'étude n°176 de la CNAF (2015) sur la médiation familiale.

Une médiatrice note naturellement une *plus forte propension de personnes en union libre* (Pacs et concubinage) dans la mesure où la séparation du couple marié passe par une procédure judiciaire. Cette remarque n'a pas été faite par les médiateurs bordelais ou d'Arras, notamment en raison de l'expérimentation de médiation préalable obligatoire.

S'agissant des *revenus*, si les médiateurs s'accordent pour dire qu'ils reçoivent toutes les catégories de personnes, une médiatrice relève que la majorité des parents se situe dans la tranche basse des revenus, et une autre dans la tranche moyenne (SMIC-2200 €).

Le rapport d'activités communiqué par l'UDAF 62 révèle que les familles accédant aux services de l'UDAF sont principalement allocataires de la Caisse d'allocations familiales de toutes catégories sociales, avec une prédominance pour les actifs (71%), puis les demandeurs d'emploi (17%), les parents au foyer (8%) et enfin les retraités, étudiants et personnes bénéficiant d'une formation (3%). Toutes les catégories sociales recourent donc aux services de l'UDAF 62. Cependant, seuls 9,6% ont un revenu supérieur à 2200€ ; 47,4% ont un revenu compris entre le SMIC et 2200€ et 28% ont un revenu compris entre le RSA de base et le SMIC, et 15% ont un revenu inférieur au RSA de base.

A l'inverse, la médiatrice canadienne relève que les parents qui la sollicitent font plutôt partie de la classe moyenne et moyenne aisée. Elle l'explique par le fait que les gens très défavorisés ont une croyance très forte en l'avocat et que pour eux, l'idée de négocier avec son ex-époux est difficile.

Les sept médiateurs rencontrés ont expliqué qu'il était très rare qu'une des personnes en médiation soit sous un régime de protection. Cependant, lorsque tel est le cas, la médiation se déroule normalement, les parents sont reçus ensemble, sans le curateur ou tuteur. Deux des médiateurs ne sont cependant pas opposés à leur présence. Tel est par exemple le cas lorsque l'organisme de tutelle est le payeur de la médiation libérale. Néanmoins, dans la mesure où il s'agit de cas vraiment marginaux, il est difficile d'en déduire une pratique.

Le moment de la médiation. - La médiation est possible à tout moment. Elle a ainsi lieu indifféremment avant ou après le recours à l'autorité judiciaire (tous les entretiens). Il arrive également que la médiation se déroule avant la séparation physique du couple parental, afin d'organiser justement la séparation tant d'un point de vue matériel que pour la prise en charge des enfants.

En ce qui concerne le recours à la médiation avant la saisine de l'autorité judiciaire, c'est pour un médiateur une meilleure condition de réussite de la médiation. Par ailleurs, la proportion des médiations avant qu'une décision de justice ne soit rendue s'est développée dans les régions où a été mise en place l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire, selon deux médiateurs.

En ce qui concerne le recours à la médiation après le recours à l'autorité judiciaire, c'est selon un médiateur, en général lié au fait que le jugement ne parvient pas à être appliqué ou parce qu'il ne correspond plus à la réalité, ce qui crée de nouveaux conflits ; ou encore au fait que le jugement n'a pas été compris par les parents. Ainsi, une médiatrice a exposé la situation de parents venus en médiation suite à une injonction du juge qui avait par ailleurs statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. La médiatrice s'est alors rendu compte que les parents ne savaient pas très bien lire et qu'ils n'avaient pas compris la teneur du jugement. En réalité, le contenu du jugement n'arrangeait aucun des deux parents. Ils ont alors travaillé avec la médiatrice pour trouver le meilleur arrangement en fonction de leurs besoins et capacités respectifs. Le jugement a donc été modifié très rapidement par un accord amiable des parents.

Droit de réserve. - Les médiateurs s'accordent tous un droit de réserve, même s'ils le mettent rarement en œuvre. Deux d'entre eux ont ainsi pu refuser, en amont, des médiations parce qu'ils connaissaient l'une des parties et n'étaient en conséquence pas neutres. Tous se sont déjà retirés d'une médiation dont les conditions n'étaient pas remplies. Tel est par exemple le cas dans un contexte de violences physiques ou verbales graves selon quatre médiateurs, quand la personne n'est pas en capacité de faire des choix éclairés (deux médiateurs), quand il y a un phénomène

d'aliénation parentale (un médiateur), quand l'un des parents se révèle être un pervers narcissique (un médiateur), quand la médiation est utilisée pour gagner du temps (un médiateur), quand la médiation est inadaptée du fait d'une procédure pénale en cours (un médiateur), quand la personne a des difficultés psychologiques graves (un médiateur).

Lorsque le médiateur refuse ou se retire d'une médiation judiciaire, le motif du refus ou du retrait n'est pas mentionné en raison du principe de la confidentialité et du secret professionnel ; il est simplement indiqué que les conditions de la médiation ne sont pas remplies, ce qui alerte en général le magistrat selon une médiatrice. L'intérêt de l'enfant n'apparaît pas, à lui seul, comme un motif de retrait de la médiation. Les médiateurs pouvant alors discuter du point problématique avec les parents, mais, *in fine*, la décision revient toujours aux parents. Une médiatrice a par exemple indiqué que tel avait été le cas lorsque des parents s'étaient accordés pour une résidence alternée sur un mineur en très bas âge. Dans cette hypothèse, elle a orienté les parents vers un pédopsychiatre.

Lorsque le médiateur refuse ou se retire d'une médiation conventionnelle, il oriente alors généralement les parents vers une procédure judiciaire, ou vers un psychologue, selon les raisons du refus/retrait.

Suivi des parents. - Les médiateurs n'effectuent en règle générale pas de suivi des parents. Tout au plus, une fiche de suivi est-elle remplie, mais elle est anonyme et sert simplement pour les statistiques, afin de savoir si la médiation débouche sur un accord ou non, et le cas échéant s'il est écrit ou verbal.

Ainsi les médiateurs ne disposent pas de moyens de savoir si la médiation, et donc l'accord mis en place, a été un échec ou une réussite, sauf si les parents reviennent en médiation, ce qui est au demeurant assez rare d'après deux médiateurs. Tel est par exemple le cas lorsqu'un des parents se remet en couple (trois médiateurs ont donné cet exemple).

Point de vue du juge aux affaires familiales. - Le magistrat bordelais rencontré par l'équipe de recherche a exprimé un avis très positif sur l'expérience de tentative de médiation préalable obligatoire au tribunal de grande instance de Bordeaux (cf. *supra*), même s'il semblerait que ces médiations ne débouchent pas sur beaucoup de protocoles d'accord. Mais la médiation oblige les parents à discuter. Parfois au départ ils ne sont d'accord sur rien et sont plus apaisés après la médiation. Les médiateurs dressent un tableau de la situation aux parents, ils mettent en évidence la réalité, notamment ils pointent du doigt les demandes extravagantes (par exemple en termes de pension alimentaire, dans la mesure où les médiateurs sont souvent au fait du barème, etc.). La médiation crée un certain état d'esprit qui profite ensuite à l'audience, même en l'absence de protocole d'accord. En effet, l'audience devant le juge aux affaires familiales gagne alors en rapidité et en efficacité. Les parents sont plus apaisés, ils ont généralement sorti tout ce qu'ils avaient à dire lors de la médiation et ont des demandes beaucoup plus réalistes. C'est pourquoi, même s'il n'y a plus les fonds, l'expérimentation continue. Les avocats ont pris l'habitude désormais d'orienter vers la médiation préalable.

Le juge aux affaires familiales de Bayonne va dans le même sens et considère que le recours à la médiation serait très profitable. Mais en pratique, elle constate qu'il est peu répandu et qu'il aboutit rarement à l'établissement d'un protocole d'accord. Même si elle fait observer – ainsi qu'aiment à le rappeler les médiateurs –, qu'une médiation qui n'aboutit pas à un accord n'est pas forcément un échec... La médiation est un temps que n'a plus la justice – le juge aux affaires familiales traite quinze à vingt dossiers par matinée –, et dont les familles ont pourtant besoin. Tout point sur lequel les parents ont trouvé un accord permet de gagner du temps pour les véritables décisions à prendre, celles portant sur des points qui demeurent partagés. De plus, il est important que les parents puissent adhérer à la décision, pour garantir son application volontaire et limiter les demandes de révision ultérieures. Il est donc indispensable que les parents aient amorcé le débat avant de solliciter l'intervention du juge, ce que la médiation devrait permettre. Au Barreau de Bayonne, la plupart des avocats font eux-mêmes un bon travail de médiation.

B. L'intervention d'un avocat

Conseil. - L'avocat peut intervenir dans le cadre de l'élaboration du plan parental pour prodiguer des conseils juridiques. Ainsi, le guide du Ministère de la justice canadien *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord* conseille :

« Si vous optez pour la médiation, c'est une bonne idée que chacun de vous consulte d'abord un avocat. Si vous concluez une entente, il est également important de montrer le projet d'entente à votre avocat avant de l'officialiser. [...] Les questions de droit de la famille peuvent être complexes. Lorsque vous élaborez un arrangement parental, c'est une bonne idée de consulter un avocat spécialisé en droit de la famille pour vous assurer de bien comprendre : vos droits et obligations ; les options disponibles pour régler les différends entre vous et l'autre parent; le fonctionnement du système judiciaire. Il est particulièrement important de demander l'aide d'un avocat lorsqu'il y a eu de la violence familiale ou qu'il existe des problèmes de toxicomanie ou de graves troubles mentaux ».

Aide à l'élaboration de la convention. - L'avocat peut même être un acteur de l'élaboration du plan parental. Pour l'un des couples de l'enquête, la convention a été rédigée par l'avocat du père. Toutefois une médiation est prévue car toute communication est aujourd'hui rompue entre les deux parents et le plan parental est un échec. Un autre père a eu recours à un avocat pour des *conseils* concernant la pension alimentaire mais cela s'est avéré selon lui peu utile. C'est pourquoi le parent s'est servi d'un blog (<http://jafland.info/>) sur lequel est proposé un modèle de convention, afin de rédiger son plan parental.

Selon le guide du Ministère de la justice canadien *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord* :

Une autre façon de négocier consiste à retenir chacun les services d'avocats qui négocieront pour vous et vous aideront à conclure une entente.

Quelques points à considérer :

- vous et l'autre parent n'aurez pas à vous rencontrer en personne - les avocats peuvent parler en votre nom
- votre avocat est votre représentant. S'il y a eu des problèmes de violence familiale ou si des questions de pouvoir ou de contrôle se posent, un avocat peut aider à réduire le déséquilibre de pouvoir entre vous et l'autre parent
- vous et l'autre parent pouvez-vous fier à vos avocats pour vous expliquer vos droits et obligations avant que vous signiez une entente ;
- les avocats peuvent aider à garantir que votre entente est facile à comprendre et qu'il est possible de la faire exécuter. Vous pouvez négocier en tout temps, même si vous avez amorcé une procédure judiciaire ;
- l'investissement en temps et en argent peut être plus important que si vous et l'autre parent en arriviez vous-mêmes à une entente ; en général, chaque parent doit payer ses frais d'avocat lors d'une négociation.

Point de vue des avocats. - Selon les avocats interrogés, la rédaction de plans parentaux est extrêmement rare (la seule convention dont se souvient le premier avocat est une convention de séparation amiable contenant des dispositions relatives à l'autorité parentale, cf. annexe n°16).

Selon les témoignages des avocats rencontrés, les avocats n'étant pas habitués à la rédaction de conventions, préfèrent s'en tenir à une saisine du juge aux affaires familiales afin qu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale plutôt que sur l'homologation d'une convention, y compris lorsque les parents sont parvenus à un accord. Dans cette hypothèse, l'avocat de chaque parent dépose une requête contenant les mêmes éléments (exercice de l'autorité parentale / lieu de résidence / droit de visite et d'hébergement / contribution à l'entretien et à l'éducation / etc.). Cette pratique, dite des *conclusions concordantes*, aboutit ainsi à réduire le nombre de plans parentaux extrajudiciaires, comme les demandes d'homologation au demeurant, dès lors que les parents séparés se rapprochent d'un avocat pour rédiger le plan ou la convention.

Lorsqu'ils existent, les accords parentaux rencontrés par les avocats sont très rarement écrits. Selon une avocate bordelaise, quand il y a un écrit, c'est en général qu'un des membres du couple a un net ascendant sur l'autre. Ces accords parentaux risquent alors de n'être pas le fruit d'un consentement libre et éclairé. Souvent, celui dont le consentement n'est pas totalement libre ne souhaite plus appliquer l'accord, il saisit le juge et il faut alors démontrer qu'il n'y avait pas d'accord libre et éclairé ou que l'accord n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant (sinon le juge tient compte de cette pratique antérieure). Une autre avocate explique, dans le même sens, que dans la pratique en effet, ce qui est qualifié d'accord est souvent un accord extorqué pour diverses raisons.

Droit collaboratif. - L'une des avocats explique que le recours au droit collaboratif peut donner de bons résultats. Pour qu'un processus de droit collaboratif puisse être mis en place, il est nécessaire que les clients le veuillent, qu'ils s'engagent de bonne foi et qu'ils aient une certaine distance vis-à-vis du conflit. Il est aussi nécessaire que les deux parties aient un avocat formé au droit collaboratif, ce qui est un frein au développement de la pratique. A Bordeaux, par exemple, seuls vingt-cinq avocats sont formés au droit collaboratif (ils seront cinquante en septembre 2016). Toutefois, même quand les parties ne se situent pas *stricto sensu* dans un processus de droit collaboratif, cette avocate affirme toujours essayer de négocier tous ses dossiers, c'est-à-dire de parvenir à un véritable accord entre les parties.

Le droit collaboratif est un processus en cinq étapes. L'accord est entièrement l'œuvre des parties. Elles doivent d'abord bien mentaliser les causes de leur conflit.

Il faut éviter l'écueil de la demande (je demande telle ou telle chose) afin de désamorcer le conflit et être constructif. Les parties sont acteurs de la résolution de leur conflit. Les avocats sont soumis à une ultra confidentialité : en cas d'échec, ils doivent se déporter. Il n'y a pas la menace du juge. Cette technique nécessite l'intention des deux parties. Ensuite des questions prioritaires sont fixées à l'ordre du jour. Pour chaque question, chacune des parties doit proposer au moins deux options de solution.

Exemple : pour la pension alimentaire, plutôt que de parler de chiffre, il faut expliquer les besoins, à quoi ils correspondent (psychologiquement cela change tout, on n'est plus dans la demande mais dans l'explication).

Une convention est ensuite rédigée pour être soumise à homologation. Elle contient tous les points juridiques sur lesquels les parties s'accordent. Pour les autres éléments, non juridiques, un PV d'accord est dressé et conservé par les parties et par les avocats. Il engage les parties au moins d'un point de vue moral et au titre des pratiques habituelles en cas de conflit.

Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord. -

Le droit collaboratif est une forme de négociation particulière. En droit collaboratif, vous et l'autre parent, vos avocats et tout autre professionnel s'occupant du dossier convenez de coopérer pour en arriver à une entente. Au cours du processus de collaboration, vous et l'autre parent acceptez de ne pas déposer de requête au tribunal. Vous et l'autre parent négociez l'un avec l'autre et vous avez chacun votre avocat pour vous expliquer les points de droit et vous aider à trouver des solutions.

Quelques points à considérer :

- vous et l'autre parent pouvez travailler ensemble pour parvenir à une entente qui met l'accent sur les besoins de vos enfants, avec l'aide d'un avocat ;
- vous pouvez demander à d'autres professionnels, comme des spécialistes financiers et des professionnels de la santé mentale (p. ex., des travailleurs sociaux, des psychologues, des conseillers parentaux) de vous aider à régler des problèmes particuliers qui peuvent surgir; les avocats ont intérêt à vous aider à conclure une entente parce qu'en droit collaboratif, les avocats qui vous représentent ne peuvent vous représenter, ni vous ni l'autre parent, devant le tribunal. Si le processus collaboratif échoue, vous devrez tous deux retenir les services d'un nouvel avocat pour vous représenter devant le tribunal; tous les participants signent un contrat dans lequel ils conviennent de travailler en collaboration pour en arriver à une entente. Ainsi, le processus peut être plus court et moins coûteux ; toutefois, si vous faites appel à plusieurs professionnels, le droit collaboratif peut être plus coûteux que d'autres options ;
- comme vous et l'autre parent devez négocier directement l'un avec l'autre, ce processus peut ne pas vous convenir s'il y a eu de la violence familiale. Vous devriez en parler à votre avocat; en droit collaboratif, chaque parent doit divulguer toute l'information sur sa situation financière à l'autre parent. S'il y a de fortes chances que la divulgation ne soit pas complète, vous devriez demander à votre avocat si c'est la bonne option pour vous ; vous et l'autre parent pouvez vous fier à vos avocats pour vous expliquer vos droits et vos obligations avant que vous signiez une entente.

Procédure participative. - La loi a consacré une nouvelle procédure participative permettant d'aboutir à une convention *"par laquelle les parties à un différend n'ayant pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend "* qui peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps ; et qui peut sans doute être utilisée pour déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En effet, si une délégation d'autorité parentale ne peut pas faire l'objet d'une procédure participative, en vertu de l'impossibilité pour un parent de renoncer à exercer l'autorité parentale, les conditions d'exercice de l'autorité parentale peuvent être fixées par accord participatif²⁹. En ce sens a été publié, en 2013, dans la revue *Actualité juridique Droit de la famille*, un exemple de convention de procédure participative³⁰ dont l'objet est formellement précisé par la convention :

²⁹ N. FRICERO, *La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux*, AJ Famille 2013 p. 540.

³⁰ L. JUNOD-FANGET, avocate au Barreau de Lyon, présidente de la commission des modes amiables de résolution des différends, AJ Famille 2013 p. 559

2. L'objet du différend

M^{me} X et M. Y souhaitent trouver un accord :

sur le lieu de résidence de leurs trois enfants mineurs et à l'exercice du droit de visite et d'hébergement ainsi que sur la part contributive de chacun des parents à l'entretien des enfants.

3. Les conditions de la recherche d'un accord

a) Si cela est nécessaire à la résolution du différend, les parties échangeront par l'intermédiaire de leurs avocats des écritures pour exposer leurs positions respectives tant en fait qu'en droit. La communication des écritures se fera exclusivement par l'intermédiaire des avocats des parties, avec mention du caractère officiel.

Il est rappelé que les avocats des parties, conformément à l'art. 3 du RIN (Règlement intérieur national de la profession d'avocat), pourront aussi correspondre par courriers confidentiels.

b) Communication des pièces

Les parties s'engagent à communiquer dès la signature de la présente convention les pièces dont elles entendent se prévaloir. Cette communication se fera par l'intermédiaire exclusif des avocats selon un bordereau qui sera transmis par courrier officiel. Pour chaque communication des pièces, il sera joint un bordereau indiquant :

- le numéro de la pièce ;
- son intitulé.

Afin d'éviter toute difficulté, un accusé de réception qui pourra être une simple contremerque sera requis.

M^{me} X et M. Y s'engagent à communiquer dans un délai de 15 jours à compter de la signature de la présente convention :

- le justificatif de l'ensemble de leurs revenus (bulletins de salaire du ... au ... ; si la personne est chef d'entreprise : les bilans des trois dernières années, ..., etc.) ;
- un état de leurs charges avec les justificatifs ;
- etc.

c) Les échanges entre M^{me} X et M. Y, assistés de leur avocat, se feront lors d'une ou plusieurs réunions communes. Les propos échangés pendant ces réunions resteront confidentiels sauf décision contraire des parties.

Les parties conviennent qu'ils se réuniront au minimum une fois.

Sauf impossibilité de l'une ou l'autre des parties, la première réunion est fixée le ... à ... heures. Elle se tiendra à ...

À son issue, les parties conviendront si nécessaire de la date d'une nouvelle réunion.

Médiation. - Les avocats interrogés ont une opinion mitigée sur la médiation. Pour l'une des avocates, il est plus facile d'obtenir des accords parentaux avec des confrères que devant les médiateurs, mais cela dépend de l'antériorité du désaccord et de son ampleur. Elle ne pense pas que la médiation diminuera le contentieux. Pour qu'un accord intervienne, les parents ont besoin d'être bousculés. Si on les écoute seulement, cela ne marche pas. Les gens attendent plus de la médiation. Les couples qui y sont allés et reviennent ensuite vers elles sont souvent déçus. Mais il est vrai que la position du médiateur est différente de celle de l'avocat ou du juge : elle est plus neutre. Une autre affirme ne pas pratiquer la médiation ; elle a assisté deux fois à une médiation et n'a pas un bon ressenti. Elle admet cependant ne pas connaître suffisamment ce processus pour donner un véritable avis. Certains se montrent plus favorables à la médiation en ce qu'elle constitue un mode alternatif de résolution des litiges. Toutefois, selon l'une d'elle, la médiation n'est pas efficace

lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire car les parents ont alors déjà adopté une optique contentieuse. Par ailleurs, il lui semble difficile d'être seul à médier avec les deux parents.

Il apparaît que les différents professionnels, notamment les avocats, ont des connaissances variées sur la médiation et les plans parentaux, ainsi que le rôle que chacun d'entre eux peut avoir dans ce cadre. Une information systématique à leur égard pourrait être bénéfique.

§ 3. L'enfant

Intérêt du plan parental extrajudiciaire pour l'enfant. - Pour la quasi-totalité des parents, l'accord parental est profitable à l'enfant, il lui permet notamment de mieux accepter la séparation parentale. Une mère est plus mesurée, parce que le cadre de base demeure la décision judiciaire prononçant le divorce, l'accord parental étant intervenu simplement pour modifier le rythme de la résidence alternée et des vacances, ce qui évidemment a facilité la vie des enfants. Mais elle estime que la résidence alternée n'est pas l'idéal pour ses enfants (sa plus jeune fille, présente lors de l'entretien, confirme : elle voudrait vivre au domicile de sa mère).

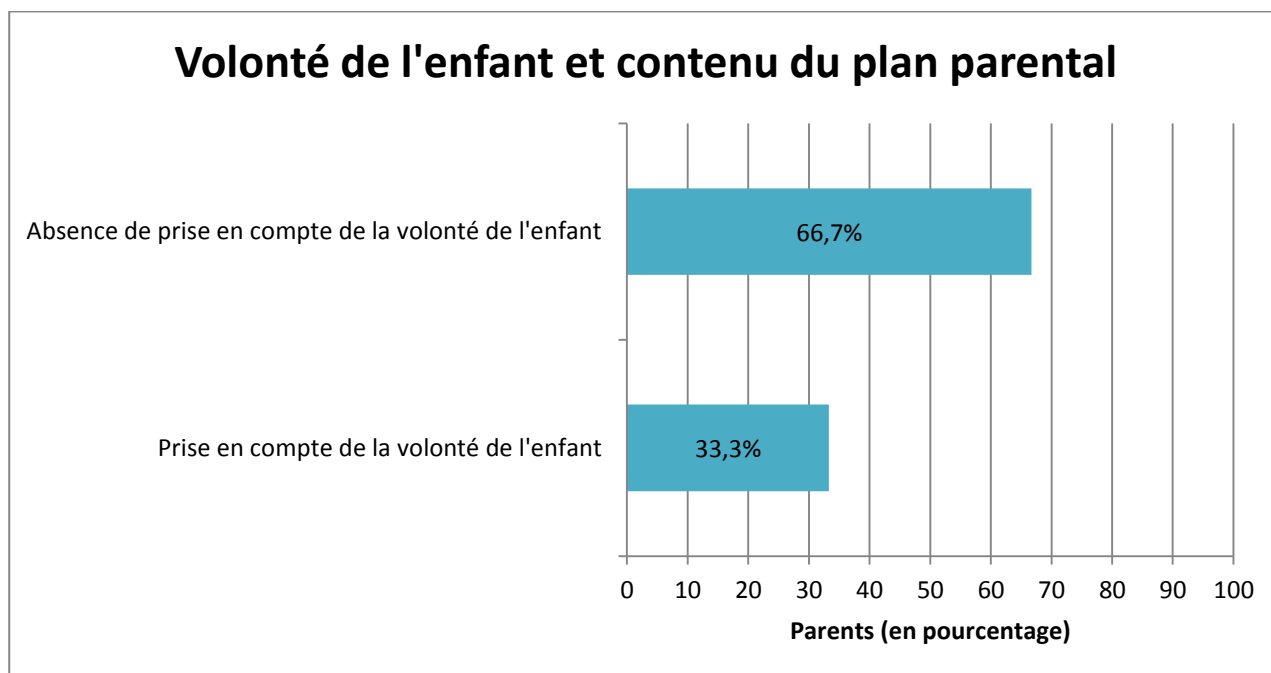
Seule une mère estime que ce n'est pas profitable à l'enfant, que les plans parentaux ne sont pas efficaces en raison de leur absence d'effectivité. Pour elle, ce système s'avère être un échec car le plan parental n'est pas respecté par le père, nonobstant l'existence d'un écrit (le père n'exécute pas régulièrement ses obligations : droit de visite et d'hébergement et pension alimentaire).

Neuf parents expliquent que l'absence de recours au juge et l'accord des parents au quotidien montrent à l'enfant une bonne entente entre les parents. Pour un parent, l'entente des parents permet à l'enfant de s'épanouir. Six parents estiment que l'accord parental a permis une coparentalité effective, l'enfant voit ainsi que les deux parents sont investis dans son quotidien, dans son éducation ; selon un parent, les liens sont ainsi maintenus avec les deux parents. Quatre parents affirment que le plan parental évite par ailleurs les tensions des parents devant les enfants.

Une mère explique que malgré son échec (lié au fait qu'aujourd'hui plus aucune communication n'est possible entre les parents), le plan parental était profitable aux enfants, il leur a permis, le temps de son application, de voir leurs deux parents, tout en conservant une stabilité.

Prise en compte de la volonté de l'enfant. - Huit parents sur vingt-quatre ont expliqué avoir pris en compte, directement ou indirectement, la volonté de l'enfant pour la détermination du contenu de l'accord parental. A l'inverse, quatorze parents ont expliqué ne pas l'avoir prise en considération, même si pour certains, cette affirmation est à relativiser, le père expliquant que, par la suite, les demandes de l'enfant ont progressivement été prises en compte par les deux parents.

Il est à préciser qu'au sein d'un couple, alors que la mère considère que la volonté de l'enfant a été prise en compte, le père estime que tel n'est pas le cas. Cette divergence s'explique par le fait que si la volonté de l'enfant a effectivement joué un rôle, ce n'est pas dans l'élaboration de l'accord initial mais ensuite dans sa modification.



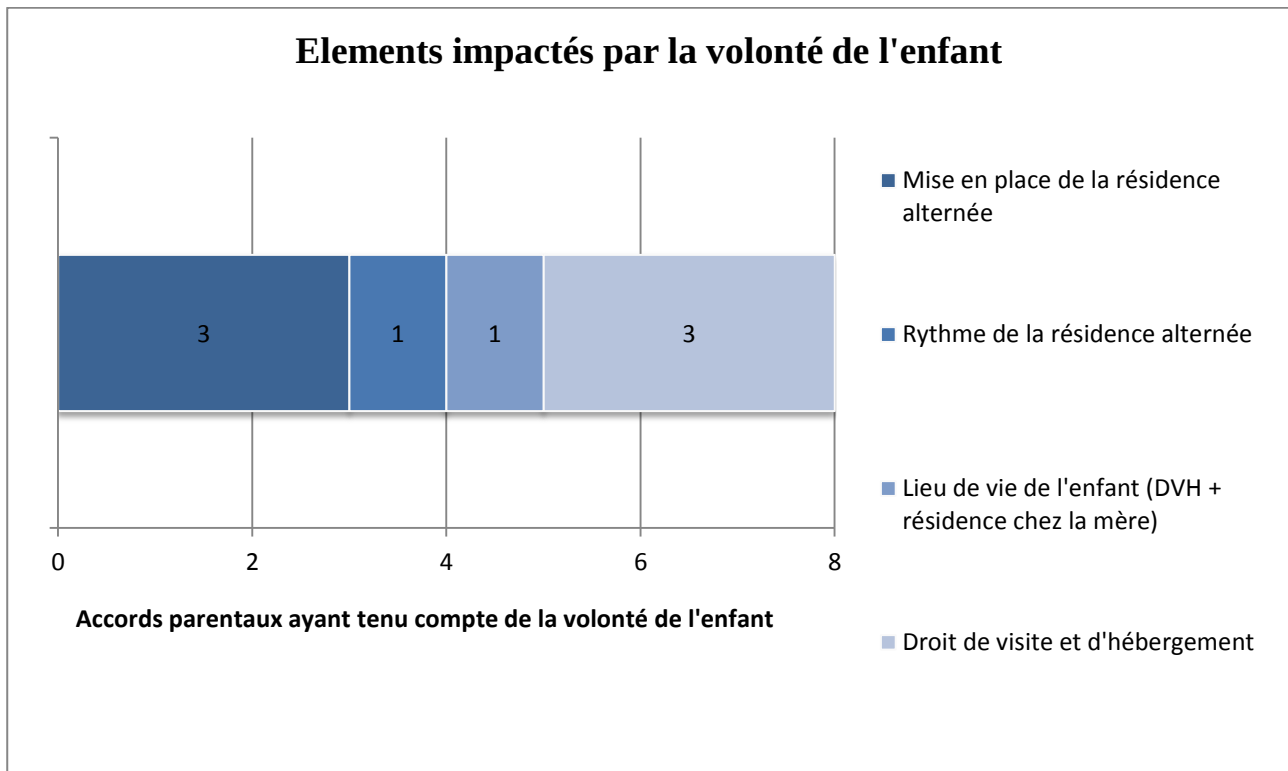
Résidence. - La volonté de l'enfant a été prise en compte à propos du lieu de résidence de l'enfant par cinq parents, qu'il soit fixé de manière exclusive au domicile d'un des parents (un parent), ou de manière alternée au domicile de chacun d'eux, pour la mise en place (trois parents) ou le rythme de la résidence alternée (un parent). Ainsi, deux parents sont passés d'une résidence principale au domicile de la mère à une résidence en alternance au domicile de chacun des parents parce que les enfants demandaient à voir davantage leur père. Un père explique que si la résidence alternée initialement mise en place relevait d'un choix exclusif des parents (en raison du très jeune âge de l'enfant), lorsque la décision de justice a été modifiée, le choix de la résidence alternée correspondait aussi à la volonté de l'enfant. Une mère explique que la modification du rythme de la résidence alternée et du rythme des vacances (un mois chez chacun des parents), fixés initialement par décision de justice, correspondait à une volonté de tous et notamment des enfants : au lieu du vendredi au vendredi, la résidence alternée se fait du dimanche au dimanche, car il était devenu difficile de gérer les affaires scolaires, etc. Pour les vacances, c'était trop long pour les enfants de passer un mois entier chez un seul de ses parents.

Relations parents/enfants. - La volonté de l'enfant a également été prise en compte pour le rythme des droits de visite et d'hébergement. Ainsi, une mère explique que les parents se sont entendus pour réduire les droits de visite et d'hébergement du père. La décision de justice prévoyait en effet que les enfants étaient chez leur père tous les mardis soirs. Mais c'était source de crises d'angoisse. Les enfants avaient besoin de stabilité. C'est pourquoi les parents ont transigé et rédigé un accord (qui n'est aujourd'hui plus appliqué) : la mère a renoncé à 100€ de pension alimentaire et le père a renoncé aux mardis soirs. Par la suite, le père a cependant refusé d'appliquer l'accord et venait tout de même chercher les enfants les mardis. Il en est résulté une saisine du juge aux affaires familiales : la nouvelle décision de justice modifie de nouveau le droit de visite et d'hébergement fixé à tous les week-ends pairs du jeudi soir au lundi matin. Le plan parental n'est en conséquence plus appliqué aujourd'hui.

Une autre mère explique que la volonté des enfants a été prise en compte pour les droits de visite et d'hébergement : les week-ends sont laissés au libre choix des enfants dans la limite du raisonnable. Le plan parental n'est aujourd'hui plus appliqué, les parents ayant divorcé après une séparation de fait de dix ans.

Une mère explique que la volonté des enfants a été prise en considération pour la détermination des visites, et de manière plus générale des contacts avec le père.

Une mère explique que les enfants n'ont pas participé à la médiation, mais qu'indirectement leur volonté a été prise en compte pour la détermination du contenu du plan parental et notamment du droit de visite et d'hébergement. Les parents savaient en effet ce que voulaient les enfants en termes de disponibilité pour la pratique de leurs activités extrascolaires. Les enfants avaient besoin de disponibilité le vendredi soir, donc de ne pas aller directement chez le père le vendredi après la sortie de l'école, ce qui a été acté.



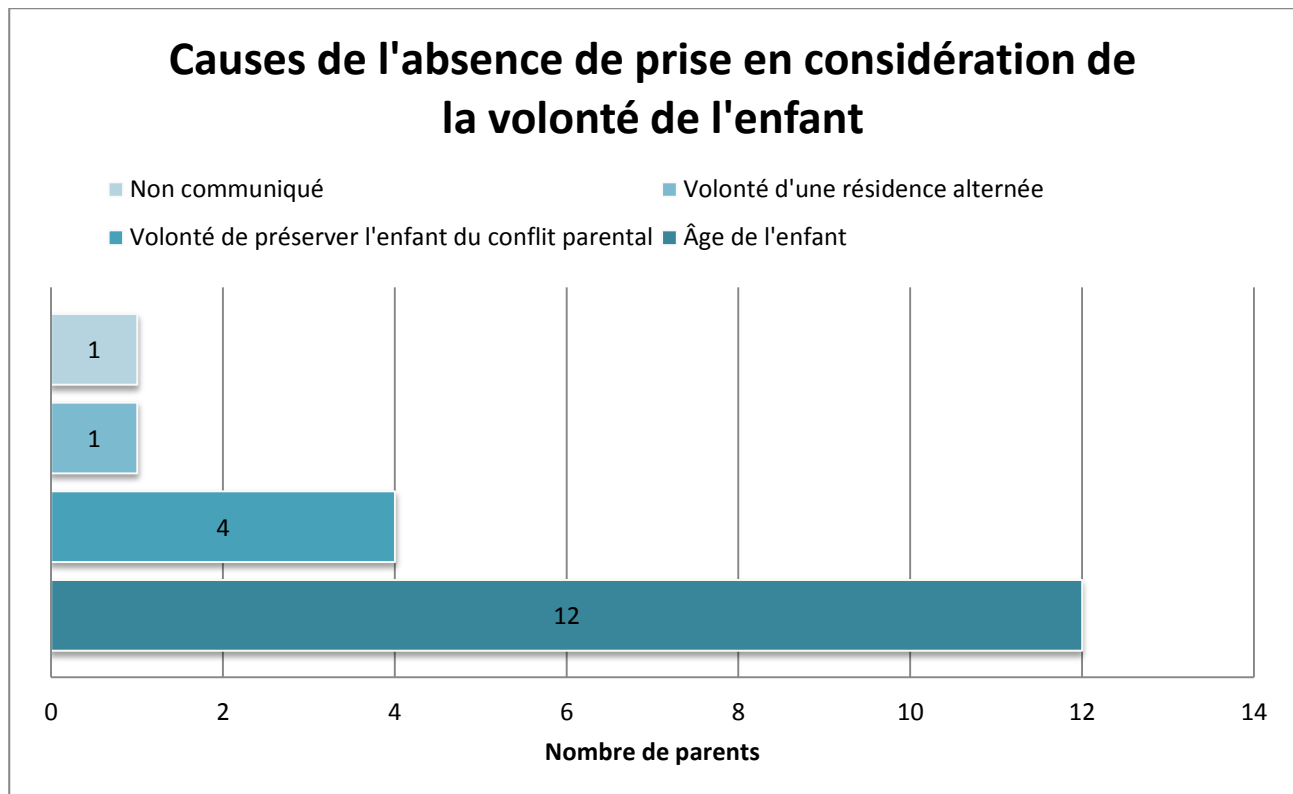
Absence de prise en compte de la volonté de l'enfant. - Seize parents expliquent ne pas avoir pris en compte la volonté de l'enfant pour l'élaboration de l'accord. Les causes sont variables : quatre parents expliquent qu'ils ont voulu préserver les enfants, les laisser en dehors du conflit parental. Ce n'est pas aux enfants de décider à la place des adultes, selon un parent.

Une mère explique cependant avoir demandé l'avis de son aînée lors de la modification de l'accord parental pour la mise en place d'une résidence alternée.

Une mère explique par ailleurs que la résidence alternée était importante pour les deux parents, c'était une évidence pour eux. En revanche, les parents sont attentifs aux besoins de l'enfant, notamment s'il veut changer le rythme de la résidence alternée.

Enfin, douze parents ont expliqué ne pas avoir pris en compte la volonté de l'enfant en raison de son jeune âge. Mais trois d'entre eux ont précisé l'importance que revêtait pour eux l'information et l'explication de la situation à l'enfant afin qu'il comprenne bien ce que les parents ont prévu. D'ailleurs, un père explique que, progressivement, les demandes de l'enfant ont été prises en compte.

Que les parents aient ou non pris en compte la volonté de l'enfant dans l'élaboration de l'accord, la très grande majorité d'entre eux (dix-huit parents sur vingt-quatre) ont expliqué que cette décision était en lien avec l'âge de l'enfant, lui reconnaissant ainsi une capacité croissante à s'exprimer. Comme l'a exprimé un père : « *plus l'enfant grandit, moins c'est compliqué* ».



Prise en compte de la volonté de l'enfant

Prise en compte de la volonté de l'enfant	OUI	8 parents – 8 couples
	NON	16 parents – 13 couples
	TOTAL	24 parents – 21 couples (pour un couple, la réponse a divergé, la mère considérant que la volonté de l'enfant a été prise en compte, le père considérant qu'elle ne l'a pas été)

Médiation. - Les enfants sont rarement reçus dans le processus de médiation. Cinq médiateurs français expliquent en effet ne pas inciter à les recevoir en médiation, car la médiation vise avant tout à restaurer la communication entre les parents. Lorsque c'est le cas, l'âge est important. Le critère d'âge est alors variable : à partir de huit ans (un médiateur), de dix ans (un médiateur), voire quinze ans (un médiateur), ou à partir de la classe de sixième (un médiateur).

Seule une médiatrice évoque les dispositions du Code civil relative au droit de l'enfant de participer aux décisions le concernant. Elle explique alors que cela peut lui arriver de recevoir l'enfant, si les parents le souhaitent et si c'est intéressant pour la médiation.

A l'inverse au Canada, la médiatrice explique recevoir régulièrement les enfants à partir de cinq à six ans, seuls ou avec les parents, afin de les aider à restituer leur parole à leurs parents, tout en responsabilisant les parents : c'est le souhait des enfants et le choix des parents. Des réponses des enfants au questionnaire qu'elle transmet aux parents et à l'enfant de plus de huit ans, quatre à six semaines après la médiation, il ressort que ce que les enfants apprécient le plus c'est d'avoir été entendu (entendu et non écouté). Par ailleurs, le fait d'entendre l'enfant semble aider les parents à prendre conscience de l'impact de la séparation.

Exemple du Canada

Le *Guide sur les arrangements parentaux* émanant du Ministère de la justice canadien affirme :

« Peu importe la façon dont vous déciderez de vous entendre, il est important d'obtenir le point de vue de vos enfants sur leurs besoins. Cela vous aidera à vous concentrer sur ce qui convient le mieux à vos enfants. Cela peut aussi aider vos enfants à comprendre ce qui se passe et à sentir que vous pensez à leurs besoins. La façon de demander l'opinion de vos enfants et le poids que vous y accorderez dépendront de l'âge et de la maturité de vos enfants. Vous pouvez consulter des professionnels, comme des conseillers, des médiateurs ou des conseillers parentaux, pour obtenir des conseils avant de parler avec vos enfants de leurs sentiments ou de leurs besoins. Certains enfants veulent avoir leur mot à dire dans les décisions qui changeront leur vie. Cependant, il n'est pas approprié que les enfants prennent la décision au sujet de l'arrangement parental ni qu'ils prennent parti. Les enfants plus âgés comprennent généralement la différence entre donner leur avis et prendre une décision. Cependant, il est important d'insister sur cette différence avec tous les enfants. Ils doivent comprendre que s'ils peuvent donner leur avis, ce sont leurs parents ou un juge qui prendront la décision. Il est aussi important pour eux de savoir comment vous tiendrez compte de leur avis. Sinon, ils pourraient se sentir fâchés et impuissants si vous prenez une décision contraire à ce qu'ils ont demandé. Pour éviter ce problème, vous pourriez leur dire quelque chose comme : Nous (les parents) travaillons ensemble sur le calendrier parental. Y a-t-il quelque chose qu'il est vraiment important pour toi que nous prenions en compte ? Nous allons faire de notre mieux, mais si c'est impossible pour nous de faire ce que tu demandes, nous te le dirons.

Être à l'écoute du point de vue de vos enfants ne signifie pas que vous leur demandez avec qui ils veulent vivre. Dans certaines situations, même lorsqu'on leur en donne l'occasion, les enfants peuvent ne pas vouloir donner leur opinion. C'est correct aussi. Être à l'écoute du point de vue de vos enfants ne signifie pas que vous leur demandez avec qui ils veulent vivre. Cela pourrait donner aux enfants l'impression qu'ils doivent choisir entre vous et l'autre parent. Écouter vos enfants signifie que vous leur demandez ce qui est important pour eux et qui pourrait modifier le calendrier. Par exemple, y a-t-il des activités importantes pour eux qu'ils voudront continuer (p. ex., le hockey) ? Y a-t-il des activités spéciales qu'ils aimeraient faire avec chaque parent ? Est-ce que passer du temps avec des amis est une priorité pour eux ? Il est vraiment important que les enfants ne se sentent pas manipulés ou pressés d'exprimer un point de vue particulier. C'est une bonne idée de leur dire qu'ils peuvent être honnêtes avec vous au sujet de leurs sentiments et de leurs besoins. Vous devez insister sur le fait qu'ils ne doivent pas penser qu'ils « prennent parti » ou qu'ils choisissent un parent plutôt que l'autre. Vous devez vous préparer à la possibilité qu'ils disent des choses auxquelles vous ne vous attendiez pas ou que vous n'acceptez pas. L'important est d'écouter ce qu'ils ont à dire et d'y penser.

Vous devez aussi savoir que vos enfants pourraient parfois ne pas vouloir vous dire ce qu'ils pensent vraiment, par crainte de vous blesser. Les enfants peuvent parfois vous dire ce qu'ils pensent que vous voulez entendre. Parfois, s'ils ont peur de vous blesser, vos enfants peuvent trouver plus facile de parler à un tiers neutre.

Qu'ils vous parlent directement à vous, ou avec l'aide d'une autre personne, les opinions

de vos enfants peuvent faciliter vos discussions avec l'autre parent. Si vous négociez une entente avec l'autre parent, l'un d'entre vous, ou idéalement les deux, peut parler à vos enfants : de la façon dont les choses vont changer ; de ce qui est important pour eux ; de ce qu'ils pensent des arrangements que vous prenez pour eux. C'est plus efficace que de leur demander avec quel parent ils veulent habiter.

Vous pouvez aussi tenir compte des points de vue de vos enfants dans la médiation ou dans le processus de droit collaboratif. C'est une bonne idée d'en parler à votre médiateur ou à l'équipe de droit collaboratif pour décider si la chose est possible ou indiquée dans votre situation. Par exemple, vos enfants pourraient faire part de leurs opinions au médiateur, qui vous en fera ensuite part, à vous et à l'autre parent, dans le cadre des discussions ».

Protection de l'enfance. - Le chef de service de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) interrogé dans le cadre de l'enquête a expliqué qu'il était confronté, dans le cadre de l'exercice de sa profession, à des familles en difficulté notamment dans l'exercice de leur parentalité. Si la majorité des parents séparés ont saisi le juge soit pour trancher un conflit, soit pour homologuer un accord, le chef de service a expliqué que dans les faits le jugement n'est parfois pas appliqué au profit d'un arrangement entre les parents. A titre d'exemple, il est fréquent que les jugements fixent la résidence habituelle de l'enfant à titre principal au domicile de la mère, alors que dans les faits une résidence alternée est mise en place.

Le professionnel a expliqué à l'équipe de recherche que, dans le cadre de la protection de l'enfance, les juges refusent d'ordonner une médiation judiciaire, alors même que le problème des enfants est parfois lié à un problème entre les parents. Pour lui, en résolvant le conflit parental, il serait aussi possible de résoudre le mal-être de l'enfant, y compris pour l'enfance délinquante.

La Protection judiciaire de la jeunesse a un rôle singulier : elle va essayer de restaurer de la communication entre les parents pour parvenir à un accord sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En effet, les mesures éducatives constituent parfois indirectement une médiation car la PJJ essaie de restaurer un échange d'information entre les parents. Quand un accord est entériné, la PJJ oriente systématiquement vers une homologation judiciaire car dans une situation de danger, dans des contextes souvent socio-économiques précaires, il est nécessaire de poser un cadre. La convention n'est jamais rédigée par la Protection judiciaire de la jeunesse. Les parents sont renvoyés vers un avocat (en général ils ne sont pas orientés vers les conseils gratuits, vers les associations, dans la mesure où, en protection de l'enfance, ils ont souvent déjà un avocat).

Dans ce cadre, l'existence d'une homologation judiciaire du plan parental peut, dans certaines situations complexes, être indirectement source de danger pour l'enfant, en exerçant une sorte de pression sur les parents. En effet, le professionnel expose une situation dans laquelle le père avait connaissance de la situation de danger dans laquelle se trouvait son fils (maltraitance par son demi-frère utérin aîné), mais qu'il a préféré ne pas signaler ce danger de peur que la mère ne veuille appliquer de manière stricte la convention homologuée par le juge aux affaires familiales et qu'elle décide de mettre fin à la résidence alternée au profit d'une résidence principale de l'enfant chez elle, lieu de résidence où se trouvait le demi-frère violent. Finalement, la situation de danger a cessé d'elle-même dans la mesure où l'enfant violent a été interné en unité psychiatrique ; il n'en demeure pas moins que dans ces familles où des difficultés éducatives sont présentes, l'autorité judiciaire peut apparaître comme une espèce d'épée de Damoclès qui empêche d'agir et donc de protéger l'enfant. La convention homologuée sert au final d'accord en cas de désaccord, de solution en cas de conflit. Et une fois qu'ils sont allés devant le juge aux affaires familiales, les parents n'y retournent généralement pas, mais s'arrangent entre eux.

Selon ce professionnel, il faudrait créer une mesure hybride entre médiation et mesure éducative. Il faudrait développer des alternatives car la problématique de l'enfance en danger a une dimension familiale non négligeable, et qui n'est pas véritablement prise en compte par le système actuel.

Dans le même sens, le rapport de l'Observatoire départemental de la protection de l'enfance de décembre 2014 contient une recommandation selon laquelle « *l'ODPE33 recommande, au regard de l'augmentation et de l'aggravation des conflits de couple, et de leurs effets néfastes sur les enfants, de travailler l'articulation entre les mesures de protection de l'enfance et l'offre de médiation familiale* ».

CHAPITRE 5 : LE COUT DE L'ELABORATION DU PLAN PARENTAL

Pour la très grande majorité des parents ayant témoigné (seize parents au sein de quatorze couples), l'arrangement parental n'a pas eu de coût financier. Seuls les six parents ayant eu recours à un médiateur ou à un notaire (un parent) expliquent que le plan parental a engendré des frais. Tous considèrent que ces frais n'étaient pas excessifs.

Cependant cette réalité est tempérée par le fait que trois de ces couples ont eu recours aux services de médiateurs conventionnés. De la sorte, le coût financier était relativement faible selon leur propre perception. Les membres d'un couple ne se souviennent plus du coût exact mais il était « relativement faible », « pas très élevé », selon leurs dires respectifs. Les deux membres d'un autre couple expliquent que la médiation leur coûte actuellement 18€ par séance et par personne, ce qui ne leur paraît pas excessif.

Une mère explique que la mise en place du plan parental a probablement engendré un coût financier pour le père, dans la mesure où le plan a été rédigé par l'avocat de ce dernier, mais qu'elle ne peut pas l'affirmer avec certitude (s'il y en a eu un, il a été pris en charge par le père).

Huit parents ont explicitement dit qu'un coût financier important aurait été un frein, voire un obstacle, à la mise en place d'un accord amiable. Un autre explique alors qu'il se serait probablement tourné directement vers le juge. Seul un parent considère qu'un coût financier, même élevé, n'est pas un frein à la mise en place d'un plan parental.

Par ailleurs, cinq parents ont évoqué le fait que le plan parental avait indirectement une répercussion financière, notamment en raison de la mise en place d'une résidence alternée. La résidence alternée nécessite en effet des capacités financières : pas de pension alimentaire, réduction des allocations, frais de cantine scolaire (car prise en compte des revenus des deux parents), certaines choses à avoir en double, etc. Par ailleurs, un parent a évoqué la difficulté qu'a la CAF à considérer la résidence alternée mise en place à l'amiable. À côté de l'aspect pécuniaire lié à la résidence alternée, une mère a évoqué le fait que l'accord amiable avait nécessité de faire des concessions d'un point de vue financier, elle explique ainsi avoir accepté une sous-évaluation de la maison commune afin d'éviter le conflit et de pouvoir s'entendre à l'amiable.

Coût du plan parental

Coût financier de l'élaboration de l'accord	OUI	7 parents
	NON	16 parents
	ne sait pas	1 parent

Médiation. - En France, le coût de la médiation est fonction du fait que le médiateur est ou non conventionné.

En ce qui concerne les médiateurs non conventionnés, le coût est variable. Un médiateur explique ainsi essayer d'adapter le coût à chaque situation. En moyenne, la médiation revient à 150€ de l'heure, en sachant qu'il faut environ six heures de médiation. Une médiatrice adapte également ses tarifs aux revenus des parents. La séance de médiation coûte ainsi entre 15 € et 150 €, pour une durée d'une heure.

En ce qui concerne les quatre médiateurs conventionnés, ils sont financés notamment par la CNAF. Le prix de la participation des parents à une séance de médiation est alors fixé par un barème applicable au niveau national en fonction des revenus de chacun (Cf. tableau). Une séance de médiation coûte ainsi à chaque parent entre 2€ et 131€ maximum. L'entretien d'information est

en revanche gratuit. Le rapport d'activités communiqué par l'UDAF 62 relève que « le coût de la médiation reste un frein à l'entrée en médiation quels que soient les territoires. Le choix de l'avocat est pour partie lié au bénéfice de l'aide juridictionnelle ce que ne permet pas la médiation familiale conventionnelle »³¹.

Par ailleurs si la médiation familiale est judiciaire, c'est-à-dire ordonnée par un juge aux affaires familiales, c'est lui qui fixe, dans son ordonnance, les consignations versées par chacune des parties pour la rémunération du médiateur. Lorsque les parties bénéficient d'une aide juridictionnelle totale, le coût de la médiation familiale est pris en charge par l'aide juridictionnelle et la médiation familiale est alors gratuite pour les parents.

Article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : « lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition. A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties. Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues à l'alinéa précédent. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve des dispositions de l'article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie ».

Barème national des participations CNAF – médiation familiale

Revenu mensuel net	Tarif de la séance par personne	Plancher / plafond
inférieur au RSA de base	2 €	2 €
entre le RSA de base et le SMIC	5 €	5 €
entre le SMIC et 1 199 €	5 € + 0,3% du revenu	De 8 € à 9 €
entre 1 200 € et 2 199 €	5 € + 0,8% du revenu	De 15 € à 23 €
entre 2 200 € et 3 799 €	5 € + 1,2% du revenu	De 32 € à 51 €
entre 3 800 € et 5 299 €	5 € + 1,5% du revenu	De 62 € à 85 €
supérieur ou égal à 5 300 €	5 € + 1,8% du revenu	Dans la limite de 131 € par personne

³¹ Rapport d'activités 2014, UDAF du Pas-de-Calais, p. 11.

Canada. - Le médiateur peut choisir, soit d'accepter le tarif fixé par l'Etat (110\$ de l'heure), soit d'exercer en libéral.

En libéral, la médiatrice explique que les tarifs sont généralement compris entre 100 et 150\$ de l'heure. Elle précise cependant que les médiateurs qui sont juristes de formation ont tendance à avoir des tarifs plus élevés.

Depuis une loi de 1997, les parents sont obligés d'aller à un entretien de médiation avant de saisir la justice. La séance d'information est gratuite pour les parents, elle est financée par l'Etat. Afin de favoriser le recours à un règlement amiable de la séparation, l'Etat finance également des heures de médiation (cinq séances d'une heure en plus de la séance d'information).

Le ministère de la justice du Québec offre au couple qui a au moins un enfant à charge, le paiement des honoraires d'un médiateur familial accrédité pour cinq heures (y compris la séance d'information, s'il y a lieu) ou, lorsqu'il s'agit d'une demande de révision d'un jugement, les honoraires pour deux heures et trente minutes (y compris la séance d'information, s'il y a lieu). Le couple doit cependant choisir un médiateur dont les honoraires s'accordent au tarif prescrit par la loi qui est de 110 \$ l'heure. Le temps supplémentaire nécessaire au dossier est aux frais du couple, au taux horaire prescrit de 110 \$. En revanche, les couples choisissant un médiateur qui travaille à un tarif différent, doivent assumer eux-mêmes la totalité des frais de médiation. Les couples peuvent bénéficier des services subventionnés dans l'une ou l'autre des trois situations suivantes : une médiation volontaire, la séance d'information obligatoire, ou encore la médiation ordonnée par le tribunal.

Suisse. - Il est intéressant de noter une particularité de la législation en Suisse sur ce point. En Suisse, en principe, les frais de médiation sont à la charge des parties (§ 218 du code de procédure suisse), mais dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniale, les parties ont droit à la gratuité de la médiation si elles ne disposent pas des moyens nécessaires et si le tribunal recommande le recours à la médiation.

Il semble qu'en pratique le recours aux plans parentaux extrajudiciaires représente un coût moindre qu'une procédure judiciaire. Il paraît indispensable que l'accès à la médiation pour faciliter l'élaboration d'un plan parental soit facilitée par un moindre coût voire une certaine gratuité pour que tous les parents puissent en bénéficier. Il conviendrait en outre de réfléchir à l'utilisation de l'aide juridictionnelle dans le cadre de la médiation et/ou pour l'élaboration d'un plan parental extra-judiciaire par et avec un ou deux avocats. Il serait en effet regrettable que seuls les parents les plus à l'aise financièrement reçoivent les conseils juridiques nécessaires à l'élaboration d'un plan parental.

DEUXIEME PARTIE :

LE CONTENU DU PLAN PARENTAL

Le plan parental a pour principal objectif de prévoir les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant ou les enfants communs. Ces modalités portent sur tous les aspects de la vie de l'enfant et le contenu du plan peut donc être extrêmement varié même si toute liberté n'est cependant pas laissée aux parents, qui doivent respecter certains principes.

Ordre public. - En effet, « il ne s'agit jamais dans ce domaine familial, d'en faire des contrats ordinaires ; ils s'inscrivent nécessairement dans les limites d'un ordre public toujours présent en matière familiale »³².

Intérêt de l'enfant. - Le plan parental a ceci de particulier, en tant que contrat, qu'il va avoir des effets sur un tiers – l'enfant – sans que ce tiers soit intervenu à l'acte. Ce sont les règles du droit de la famille et spécifiquement celles relatives à l'autorité parentale, qui aboutissent à cette figure juridique dérogatoire au droit commun des contrats.

De la même façon que toutes les décisions d'autorité parentale doivent être conformes à l'intérêt de l'enfant, la cause du plan parental, au sens du droit des contrats, réside donc dans le respect de cet intérêt.

Un plan parental qui ne respecterait pas l'intérêt de l'enfant ne devrait donc pas pouvoir prospérer. Cet intérêt de l'enfant n'est pas toujours évident à identifier.

A minima, il semble correspondre à la non-renonciation aux droits de l'enfant.

En particulier, le plan doit respecter le droit de l'enfant de maintenir des liens personnels avec chacun de ses parents, ainsi qu'avec ses frères et sœurs et même, en vertu de l'article 371-4 du Code civil, avec certains tiers avec lesquels l'enfant a tissé un lien particulier.

Sur le plan patrimonial, le plan ne doit pas porter atteinte aux droits alimentaires (au sens large) de l'enfant. Les obligations alimentaires sont indisponibles et les parents ne peuvent donc pas y renoncer au nom de leur enfant. Il faut même aller plus loin et mettre en doute la validité d'accords qui prévoiraient un montant ne respectant pas les prescriptions de l'article 371-2 du Code civil : le montant doit être fonction des ressources respectives du débiteur et du créancier, et des besoins de l'enfant ; un montant fixé forfaitairement serait donc contestable.

De la même façon, les parents ne peuvent pas librement s'accorder sur la durée de la contribution, dans la mesure où l'article 371-2 du Code civil prescrit que « *cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* ».

En-dehors de la renonciation à un droit de l'enfant, il serait sans doute opportun de présumer que l'accord des parents préserve l'intérêt de l'enfant. Les parents sont les premiers responsables de l'éducation de l'enfant, hors situation de danger qui justifierait une intervention étatique, et hors litige entre eux. Après tout, s'ils ne viennent jamais devant le juge, celui-ci n'aura jamais à se

³² V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Conventions de rupture - Etat des lieux*, Dr. famille 2015, dossier 4.

prononcer sur les conditions de vie et d'éducation de leur enfant. Les parents sont les premiers responsables, mais aussi souvent, les meilleurs juges de cet intérêt. Le professeur Leroyer souligne les bienfaits des pactes parentaux en termes « de *paix, de sécurité et de vérité* »³³, cette vérité découlant de la position privilégiée des parents pour, ensemble, déterminer l'intérêt de leur enfant.

Degré de précision. - Pour quinze à seize couples sur vingt ayant participé à l'étude de terrain, le choix a été fait d'un plan parental au contenu précis et déterminé, ce qui permet de fixer un cadre sécurisant, en particulier s'agissant du lieu de vie des enfants. Cela étant, la majorité des parents ayant qualifié leur plan de précis, soulignent également son caractère évolutif, notamment s'agissant du rythme des vacances.

Certains parents indiquent que l'imprécision du plan est parfois source de conflit : la précision du contenu du plan parental constitue un avantage pour la vie au quotidien car cela donne un cadre. Une mère souligne ainsi que le seul point qui n'est pas clairement délimité (les vacances) a donné lieu à des difficultés récurrentes.

Le juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Bordeaux interrogé, remarque que trop souvent, les conventions rédigées par les parents (y compris après une médiation) sont mal faites, incomplètes, très courtes. Mais il faut bien considérer que les plans parentaux extrajudiciaires n'ont pas exactement la même vocation que les conventions homologuées ou destinées à l'être : si les parents choisissent de s'organiser entre eux de façon purement privée, conventionnelle, c'est qu'ils sont parvenus à établir une relation suffisamment consensuelle et la survenance ultérieure d'un conflit important devient peu probable.

Droit comparé : Canada. - Le Ministère de la Justice canadien a élaboré plusieurs outils pour aider les parents à élaborer un plan parental ; tous concourent à l'élaboration d'un plan parental le plus précis possible :

* *Faire des plans – Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*³⁴ ; ce guide rappelle le rôle des parents et les encadre dans la gestion de la séparation et l'élaboration du plan.

SECTION 4 : QUEL EST LE MEILLEUR ARRANGEMENT PARENTAL POUR MON ENFANT?

Quand vous décidez de vous séparer ou de divorcer, vous devrez prendre des arrangements parentaux pour vos enfants. C'est plus facile lorsque vous et l'autre parent entretenez une relation coparentale dans laquelle vous vous concentrez sur vos enfants. Pour en savoir plus sur les relations coparentales, consultez la section 3.

Quand vous prenez des arrangements parentaux, vous devrez prendre des décisions dans trois grandes catégories :

1. Comment allez-vous décider des choses comme l'éducation, la santé et la religion de vos enfants ?
2. Où les enfants habiteront-ils et combien de temps passeront-ils avec chacun de vous ?
3. Comment allez-vous régler d'éventuels problèmes relatifs à l'exercice de votre rôle parental ?

* *Liste de vérification pour les plans parentaux*³⁵ : elle énumère les points à prendre en compte au moment de l'élaboration. Comme le précise le site du Ministère, cette liste n'est pas exhaustive

³³ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation du droit de la famille*, dir. D. FENOUILLET, P. de VAREILLES- SOMMIERES, Economica, 2001, spéc. p. 154.

³⁴ http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/fdp-mp/Faire_des_plans.pdf

(même si elle apparaîtrait déjà très complète) ; inversement, toutes les questions qu'elle comporte ne concerneront pas chaque famille.

Les items de la liste sont :

- modalités de résidence et calendrier relatif aux enfants
- vacances, congés et journées spéciales
- soins de santé
- enfants ayant des besoins spéciaux
- éducation
- activités parascolaires
- religion
- culture
- grands-parents et famille élargie
- voyages
- communication entre les parents
- changements au plan parental
- résolution des problèmes
- autres questions relatives aux responsabilités parentales
- pension alimentaire

Chacun de ces items est minutieusement détaillé, suivi de plusieurs questions à se poser.

- * *Echantillon de clauses pour un plan parental*³⁶ : le Ministère va ainsi au-devant des éventuelles – et souvent inévitables – difficultés de rédaction de l'accord entre les parents.

En France, de tels outils officiels n'existent pas encore. Les parents peuvent se référer à des modèles qu'ils trouveront en ligne. Leur examen appelle la critique, notamment parce qu'ils s'avèrent manifestement incomplets, étant presque uniquement axés sur la résidence de l'enfant et la contribution à son entretien.

Dans son article relatif aux plans parentaux, Véronique Chauveau³⁷ affirme que « *Les difficultés liées à la coparentalité peuvent par exemple être accrues en cas de couple mixte. En effet, les divergences culturelles compliquent parfois la communication entre les coparents. Un plan parental pertinent peut alors s'avérer particulièrement judicieux. Plus le conflit est important, plus le plan parental doit être détaillé afin de ne pas rencontrer par la suite d'éventuels conflits d'interprétation. En définitif, tous les aspects de la coparentalité doivent être envisagés :*

- les principes éducatifs (règles de politesse, respect des adultes, éthique, apprentissage de l'autonomie, relations familiales, nourriture) ;
- les éducations académique, sportive, culturelle et artistique ;
- l'attitude à suivre vis-à-vis de la religion, la santé (quel médecin, quels spécialistes de santé) ;
- l'information croisée des deux parents ;
- les horaires et transports ;
- la communication des parents avec les enfants ;
- le respect de la vie privée de chaque parent ;
- le mode de gestion des conflits à venir (amiable, médiation, processus collaboratif) ;
- la question du maintien de l'accord en cas de remariage ou de concubinage, etc.

Le plan parental est aussi destiné aux enfants. Il s'agit d'un message clair de leurs parents leur indiquant qu'ils sont aimés de chacun d'entre eux et qu'ils veulent participer à leur vie. Il souligne ainsi l'importance des enfants dans la vie de chaque parent et matérialise le respect de la parole

³⁵ <http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/lvppp-ppc/lvpp-ppc.pdf>

³⁶ http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/ecppp-ppt/Parenting_Plan_Tool.pdf

³⁷ Art. préc.

donnée. Il doit être appliqué par la famille et les nouveaux conjoints. En guidant l'entourage, le plan parental libère l'enfant de la névrose familiale ».

Objet des clauses. - L'autorité parentale est confiée aux parents de l'enfant mineur « *pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* » (C. civ., art. 371-1, al. 2). Elle présente ainsi un aspect essentiellement personnel, extrapatrimonial. Pourtant, les aspects patrimoniaux, notamment – mais pas uniquement – alimentaires, ne peuvent en être dissociés.

Plan. - On peut classer les différentes clauses selon qu'elles concernent l'exercice de l'autorité parentale (Chapitre 1), les relations de l'enfant avec ses parents (chapitre 2), les décisions relatives à l'enfant (chapitre 3), les relations de l'enfant avec les tiers (chapitre 4) et enfin les questions matérielles et financières (Chapitre 5).

CHAPITRE 1 : L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE

Après un rappel du droit positif relatif à l'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés (§1), il s'agira de mettre en avant le constat d'un choix unanime des parents dans les plans parentaux en faveur d'un exercice conjoint de l'autorité parentale (§2).

§ 1. Droit positif

Définition de l'autorité parentale. - Le droit positif pose l'autorité parentale comme un ensemble de droits mais surtout de devoirs, finalisé vers l'intérêt de l'enfant. L'article 371-1 du code civil dispose que : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

A ce titre, les parents disposent de droits envers leur enfant : le droit de prendre les décisions, le droit d'entretenir des relations personnelles avec lui – notamment en vivant avec lui de façon continue ou non –, le droit d'être informé et de surveiller l'enfant...

Cependant ces droits ne sont accordés aux parents que pour une finalité bien précise, qui est l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale est donc un droit-fonction. Les parents doivent ainsi toujours agir dans le respect de l'intérêt de leur enfant : sa sécurité, sa santé, sa moralité, son éducation, son développement, le respect de sa personne.

L'autorité parentale est donc avant tout un ensemble de devoirs pour les parents, qui suppose qu'ils fassent passer l'intérêt de leur enfant devant le leur.

Principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale. - L'article 372 du code civil dispose que : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale (...)* ». L'article 373-2 du code civil précise que : « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale (...)* ».

Coparentalité. - La loi prévoit la coparentalité. Égaux en droits et en devoirs, les père et mère disposent des mêmes pouvoirs, qu'ils sont appelés à mettre en œuvre conjointement. Toute décision suppose donc en principe l'accord des deux parents : il y a exercice conjoint et non pas concurrent, de pouvoirs identiques ; toutes les décisions d'autorité parentale, qu'elles soient importantes ou quotidiennes, sont prises par accord des deux parents. L'article 372-2 du Code civil dispose cependant qu'« *À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ». La règle vaut à la fois dispense de preuve de l'accord des parents et décharge de responsabilité au profit des tiers de bonne foi. Elle ne joue cependant que si deux conditions sont réunies. La présomption ne joue que pour les actes usuels de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. Il s'agit là d'une « notion cadre » dont le contenu est laissé à l'appréciation du juge appelé à statuer au cas par cas.

Si, en pratique, il est impossible de prendre chaque décision à deux, les parents doivent cependant avoir conscience de l'importance de s'entendre sur un maximum de points afin d'assurer une éducation cohérente à leur enfant et de respecter le droit égal de chaque parent, qu'il réside habituellement ou non avec l'enfant, à prendre part à son éducation.

Association de l'enfant. - En vertu de l'article 371-1 du Code civil *in fine* (cf. *supra*), les parents doivent associer l'enfant aux décisions, de façon variable et évolutive en fonction de son âge et de son degré de maturité. Cela consiste à informer l'enfant, à lui demander éventuellement son avis, à

lui expliquer si besoin la décision. Il ne s'agit pas pour autant de prendre l'enfant à partie, de lui faire subir un éventuel conflit entre ses parents. Il ne s'agit pas non plus de le laisser seul maître de la décision, qui reste de la responsabilité des parents.

Respect de l'autre parent. - Enfin, la loi tient compte de la capacité de chaque parent à respecter les droits de l'autre. L'article 373-2-11 du Code civil dispose que : « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération (...) 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ; (...)* ». Ce respect mutuel se place dans le droit fil du respect de l'intérêt de l'enfant et de la coparentalité ; il faut y adjoindre l'importance pour les parents de s'informer mutuellement et, plus généralement, de maintenir la communication entre eux.

Indisponibilité. - L'article 376 du Code civil interdit toute renonciation ou cession portant sur l'autorité parentale. Les conventions parentales peuvent ainsi porter sur les modalités d'exercice, mais non sur le principe même de l'exercice de l'autorité parentale. Il faut donc *a priori* en déduire que les parents ne peuvent valablement convenir d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale, qui ne peut être décidé que par le juge. En effet, l'exercice unilatéral suppose que l'un des parents renonce à son droit, ce qui est impossible puisque l'autorité parentale est indisponible. Madame le Professeur Larribau-Terneyre indique à ce sujet que l'art. 373-2-1 du Code civil, qui prévoit cette possibilité d'exercice unilatéral, suppose une décision du juge, ce que n'est pas l'homologation (acte juridictionnel par lequel le juge exerce un contrôle limité et ne substitue jamais sa décision à celle des parents³⁸). On ajoutera que les conditions posées au juge lui-même par la loi sont strictes : il faut que « *l'intérêt de l'enfant le commande* ». Les juridictions du fond semblent d'ailleurs favorables à cette interprétation, ainsi que le souligne le Professeur Murat³⁹, relevant en particulier deux décisions, des Cours d'appel de Paris et de Metz⁴⁰. Dans les deux cas, malgré l'accord des parents, les juges refusent le passage à un exercice unilatéral de l'autorité parentale, faisant prévaloir l'intérêt de l'enfant sur l'accord des parents. L'arrêt de la Cour d'appel de Metz est particulièrement intéressant, car dans cette espèce la mère s'était complètement désinvestie de la relation avec sa fille de deux ans. Pierre Murat constate ainsi : « *Que les accords parentaux se multiplient et remplacent des conflits épuisants et néfastes est plutôt a priori bon signe ; mais ces accords ne doivent pas cacher des coups de force d'un parent ou des démissions, sinon le succès d'une des finalités des réformes récentes se construira sur l'échec d'une autre de ses finalités : la faveur faite au consensualisme contrariera le principe de coparentalité. Les juges ont donc raison d'être prudents sur les renonciations d'un des parents à exercer ses prérogatives d'autorité parentale* ».

On s'étonnera particulièrement que dans le formulaire proposé par Ministère de la justice pour former une demande au juge aux affaires familiales l'exercice en commun de l'autorité parentale soit mis sur le même plan que l'exercice unilatéral, sans indication que le premier doit être le principe et le second seulement l'exception !

De façon plus générale, il semble impossible en l'état actuel du droit positif, que l'un des parents renonce au droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant notamment. Madame le professeur Rebourg cite à ce sujet un jugement du Tribunal de grande instance de Riom en date du

³⁸ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Autorité parentale*, Rép. procédure civile Dalloz, 2013, n°168.

³⁹ P. MURAT, *La méfiance des juges face aux accords attribuant exclusivement à un des parents l'exercice de l'autorité parentale*, Dr. famille 2005, comm. 101.

⁴⁰ CA Paris, 10 nov. 2004: Juris-Data n°2004-263748 ; CA Metz, 11 janv. 2005: Juris-Data n°2005-264375.

27 septembre 1967⁴¹, qui a considéré que la renonciation au droit de visite est contraire à l'ordre public.

Prospective. - Il pourrait être cependant souhaitable d'ouvrir aux parents la possibilité de renoncer à l'exercice de certains droits parentaux, dans la perspective de donner force exécutoire à des plans parentaux extrajudiciaires. Certains auteurs estiment ainsi que l'on pourrait admettre cette possibilité dans des circonstances particulières, telles qu'un éloignement de longue durée, le manque d'intérêt d'un parent pour son enfant, ou encore sa prise de conscience de son incapacité à assumer ses responsabilités⁴². Le professeur Renchon considère d'ailleurs que le droit belge permet d'ores et déjà aux parents de s'entendre sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale⁴³ : « *Les père et mère séparés ou divorcés peuvent donc eux-mêmes décider et convenir qu'en raison de la difficulté dans laquelle ils se trouveraient de s'accorder chaque fois qu'il y aurait lieu pour eux de prendre une décision exigeant leur commun accord, l'un d'entre eux exercera exclusivement l'autorité sur la personne et l'administration des biens de leur enfant* »⁴⁴. Il serait alors impératif de mentionner les motifs de la renonciation parentale et d'expliquer sa conformité à l'intérêt de l'enfant.

En revanche, la renonciation à la titularité de l'autorité parentale devrait rester indisponible, les parents ne pouvant s'y soustraire ; notamment parce que l'obligation parentale d'entretien en découle.

§ 2. L'EFFECTIVITE DU PRINCIPE DE L'EXERCICE EN COMMUN DE L'AUTORITE PARENTALE DANS LES PLANS PARENTAUX

Exercice en commun systématique. - Très largement majoritaire en jurisprudence, l'exercice en commun de l'autorité parentale est prévu dans tous les plans parentaux objets de l'étude, aucun d'entre eux ne prévoyant un exercice unilatéral, alors même que pour l'un des couples, le parent est placé sous curatelle. Il semblerait ainsi que plan parental et exercice en commun de l'autorité parentale aillent de pair ; l'objet du plan parental est justement de permettre un exercice conjoint harmonieux de l'autorité parentale.

Définition. - Plusieurs conventions contiennent des éléments introductifs relatifs à l'exercice de l'autorité parentale. Il s'agit d'éléments qui consistent en des rappels de la loi et présentent essentiellement un intérêt pédagogique. En effet, peu de parents savent exactement ce que recouvre l'autorité parentale et, encore moins, l'autorité parentale conjointe. Ils permettent aussi de poser un cadre dès le départ, en indiquant que les parents sont parvenus à un accord de principe sur la nécessité de s'entendre entre eux et d'agir dans une même direction. Il ressort des entretiens menés avec les parents que ces éléments introductifs ne sont pas fréquemment inclus dans les plans parentaux, ou de façon succincte, ce que l'on peut sans doute regretter. Véronique Chauveau, dans son article relatif au plan parental considère que « *le plan parental reprend alors les éléments légaux classiques tels que le rappel de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et ses modalités d'exercice (résidence habituelle des enfants, droits de visite et d'hébergement)* ».

Contenu des conventions. - L'une des conventions transmises (rédigée à l'aide du modèle fourni sur le site Internet <http://jafland.info/> - annexe n°23) rappelle seulement que l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents, mais elle précise que cela implique un

⁴¹ D. 1967, p. 743, note G.A.

⁴² A. GOUTTENNOIRE et L. JACOBS, *Les conventions portant sur la prise en charge de l'enfant*, in ???

⁴³ J.-L. RENCHON, *Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants*, in J.-L. RENCHON et F. TAINMOINT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

⁴⁴ J.-L. RENCHON, *Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants*, in J.-L. RENCHON et F. TAINMOINT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

principe de codécision pour les décisions importantes. Cette formulation paraît trop restrictive puisque l'autorité parentale conjointe ne se réduit pas aux décisions importantes, mais s'étend à toutes les décisions concernant l'enfant (cf. *supra*).

Par ailleurs, cette convention contient une disposition liminaire aux termes de laquelle il est précisé que :

Le présent accord, donné librement, a pour but de sauvegarder les intérêts de l'enfant mineur et notamment de garantir la continuité et l'effectivité du maintien de ses liens avec chacun de ses parents, organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale, fixer les modalités et la forme de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Dans la deuxième convention transmise⁴⁵, la définition de l'autorité parentale est plus précise. Elle explique en particulier le fait que les décisions relatives à l'enfant sont prises en commun s'agissant de son éducation, sa santé et sa sécurité, triptyque qui reprend pour partie les éléments de l'article 371-1 du Code civil.

Les parents conviennent des modalités d'exercice de l'autorité parentale conjointe suivantes :

Les parents prennent en commun les décisions concernant l'éducation, la santé, la sécurité de l'enfant quelque soit le lieu où les enfants résident. Chacun des parents s'engage à informer l'autre des décisions et événements concernant la vie des enfants. (...).

Les modèles de plans ou conventions que les parents peuvent se procurer par divers moyens et notamment en ligne, sont souvent muets à propos de la définition de l'exercice en commun de l'autorité parentale, ou alors se contentent de reprendre les termes de la loi en en faisant parfois une interprétation réductrice. Il en est ainsi du modèle du site Documentissime (annexe n°19), qui prévoit une clause identique à celle relevée dans la première convention.

Article 1 : Autorité parentale

L'autorité parentale sera exercée conjointement par les deux parents, ce qui signifie que les décisions importantes concernant l'enfant sont prises par les deux parents ensemble.

On ne peut que regretter que ce site, qui se présente comme « le premier site d'information pratique et juridique totalement gratuit », diffuse ainsi une information si imprécise.

De la même façon, le modèle disponible sur le site Huyette.net et élaboré par M. Rialland (annexe n°21)⁴⁶, propose exactement la même formulation pour cette clause (son antériorité laisse d'ailleurs à penser qu'il a fortement inspiré les deux autres sites internet précités...).

⁴⁵ Rédigée par un « conseil juridique ».

⁴⁶ <http://www.huyette.net/article-25929864.html>

Dans la plupart des accords de médiation ou des modèles transmis au cours des entretiens avec les médiatrices, on ne trouve pas de dispositions introductives de ce genre. Cela tient notamment à ce que les accords rédigés portent essentiellement sur des points concrets d'organisation.

Deux clauses peuvent cependant être signalées, dans des conventions « anonymisées » :

Madame X et Monsieur Y, Parents de Z

Se sont accordés sur les modalités d'organisation de la vie de Z (...), à savoir :

L'autorité parentale conjointe

L'exercice conjoint de l'autorité parentale et ce que cela implique dans les décisions importantes à prendre entre parents dans l'intérêt de Z concernant notamment l'éducation, la santé, les modes de garde, la scolarité, la religion, les loisirs, les sorties du territoire national et les relations familiales.

Cette clause a le mérite de détailler les sujets principaux intéressant les décisions d'autorité parentale. Elle ne restreint pas explicitement la nécessité d'accord des parents aux décisions importantes – mais elle le fait implicitement, *a contrario*, en n'évoquant que cette sorte de décisions. De plus, elle manque de précision sur ce qu'implique, justement, l'autorité parentale conjointe dans les décisions importantes ! Elle n'indique pas que l'accord des parents est nécessaire.

L'autorité parentale

Elle est exercée conjointement par chacun de nous deux. Elle fera l'objet de concertation pour toutes les questions importantes concernant la scolarité, la santé, l'éducation, les activités diverses des enfants et la religion.

Cette clause appelle les mêmes remarques que la précédente. On ajoutera une autre réserve, portant sur la formulation selon laquelle l'autorité parentale sera exercée « conjointement par chacun » des parents. Cela laisse à penser que chacun exerce de son côté l'autorité parentale, ce qui n'est pas l'esprit de la coparentalité.

Communication entre les parents. - Pour ce qui est de la communication entre parents, plusieurs des conventions transmises par les médiatrices comportent des clauses évoquant ce point, sans cependant toujours rentrer dans le détail des modalités.

La communication entre nous, parents de X, nous paraît primordiale. Nous nous engageons à nous informer régulièrement, de façon régulière, de tout ce qui nous paraît significatif à propos des enfants, avec quelque moyen de communication.

Nous nous engageons à nous donner toute l'information concernant les enfants. Ces informations pourront être écrites dans un cahier qui circulera avec les affaires des enfants.

Cet engagement des parents à communiquer entre eux et à s'informer réciproquement de la situation de l'enfant paraît essentiel. La communication est le gage d'une coparentalité effective, non seulement parce qu'elle permet à chacun des parents de prendre les décisions concernant en connaissance de cause, mais parce qu'elle place les parents dans un état d'esprit nécessaire à un réel exercice conjoint de l'autorité parentale. Il paraît opportun qu'une clause relative à cette question soit incluse dans le plan parental extra-judiciaire.

Canada. - Dans le document intitulé Echantillon de clauses pour un plan parental⁴⁷, une clause précise et détaillée est consacrée à la définition de l'autorité parentale, qui rappelle à la fois la nécessité de faire primer l'intérêt de l'enfant dans toutes décisions le concernant, et de l'associer à celles-ci. Le texte prévoit également l'obligation des parents de s'entendre et de ne pas se dénigrer devant les enfants. Par ailleurs, l'obligation de s'informer mutuellement est reprise dans la clause.

Enoncés généraux et règles au sujet de la relation parentale :

1. Nous sommes tous les deux responsables des soins et de l'éducation de nos enfants, et nous y contribuons.
2. Nous acceptons de prendre des décisions qui sont dans l'intérêt meilleur de nos enfants et de faire passer leurs intérêts avant les nôtres.
3. Nous trouverons une manière adéquate de tenir compte du point de vue de nos enfants dans nos discussions.
4. Nous préciserons à nos enfants que, même si nous leur demandons leur avis, ils ne sont pas responsables des décisions que nous prenons. Nous sommes responsables des décisions que nous prenons.
5. Nous acceptons de communiquer avec l'autre de manière civilisée, de ne pas nous disputer devant les enfants et de ne pas les entraîner dans les conflits qui pourraient nous opposer.
6. Nous favoriserons tous les deux la relation de nos enfants avec l'autre parent. Nous ne parlerons pas en mal de l'autre parent et nous encouragerons nos enfants à passer du temps avec l'autre parent et sa famille élargie.
7. Nous échangerons de l'information au sujet des enfants.
8. Nous reconnaissons l'importance de nous échanger nos coordonnées (adresse postale, numéros de téléphone, adresse de courriel), pour que nous puissions nous communiquer de l'information au sujet des enfants.

Dans son article sur les plans parentaux, Véronique Chauveau⁴⁸, considère que le plan parental détaille « *le mode d'exercice de la coparentalité. Il pose des standards de conduite, comme une clause de non-médisance en présence des enfants par exemple. Il fixe des directives concernant la communication, la fréquence et les attentes des appels, des rendez-vous, des messages, des courriels* ».

⁴⁷ http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/ecppp-ppt/Parenting_Plan_Tool.pdf

⁴⁸ V. CHAUXEAU, *Le plan parental, un outil de coparentalité* : AJ famille 2013, p. 269.

Il peut sembler pertinent de débiter un plan parental extrajudiciaire, par un rappel explicatif du droit de l'autorité parentale. Un modèle mis à la disposition des parents, voire des professionnels, pourrait comporter les éléments suivants :

- définition de l'autorité parentale en tant que droit-fonction, tournée vers l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette définition permettrait notamment de mettre en avant le fait que, bien que le contenu de l'accord relève des prérogatives des deux parents, de leur choix commun, il doit avant tout viser à préserver l'intérêt de l'enfant.
- rappel de la signification de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le plan pourra insister sur le principe de la prise en commun de toutes les décisions d'autorité parentale (et pas seulement des décisions importantes, comme le pensent de nombreux parents et certains tiers intervenant dans la vie de l'enfant, comme l'école).
- rappel et signification de l'obligation légale pour les parents d'associer l'enfant à la décision, selon son âge et son degré de maturité.
- insertion d'un « code de bonne conduite » entre parents, qui inclurait en particulier une clause de non-médisance en présence des enfants⁴⁹ ainsi qu'une clause d'information mutuelle, notamment à certains moments-clés (visite chez le médecin, rencontre avec le corps enseignant, etc.). La clause pourrait indiquer les modalités (téléphone, rencontre, courriel...) et la périodicité de cette communication. Les parents pourraient également s'engager à ne pas impliquer les enfants dans cette communication.

⁴⁹ Art. préc.

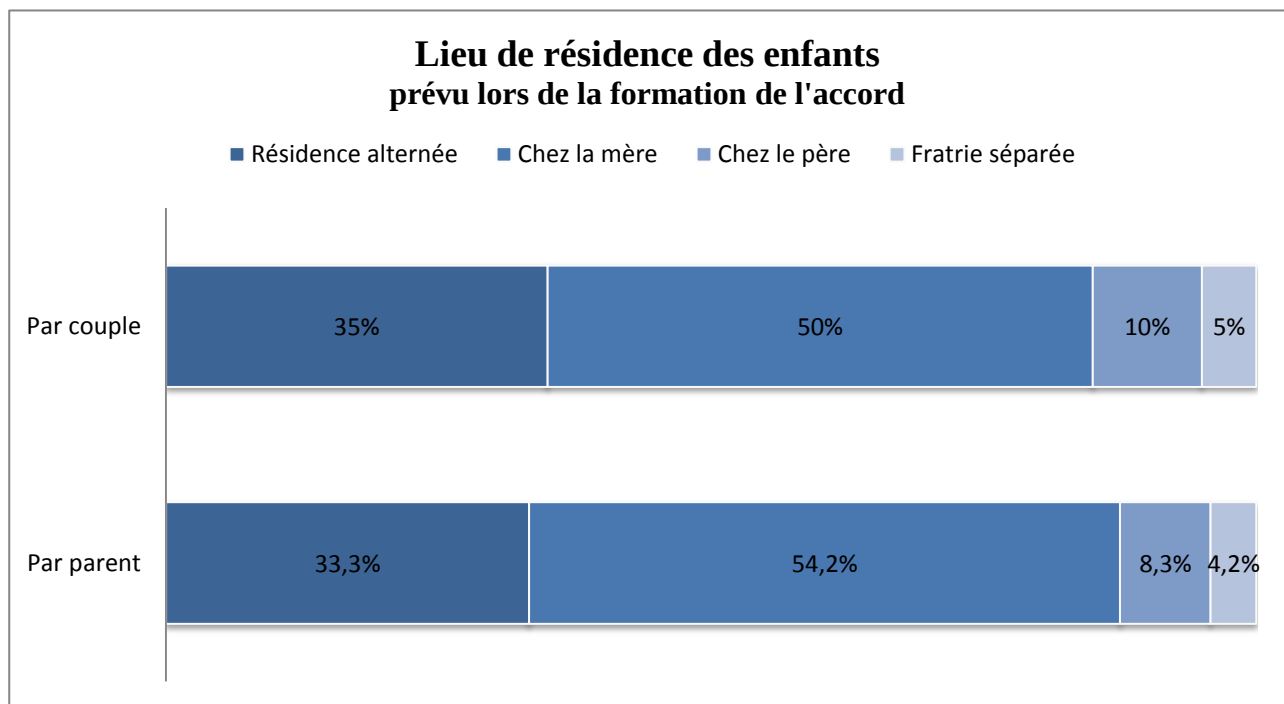
CHAPITRE 2 : LES RELATIONS DE L'ENFANT AVEC SES PARENTS

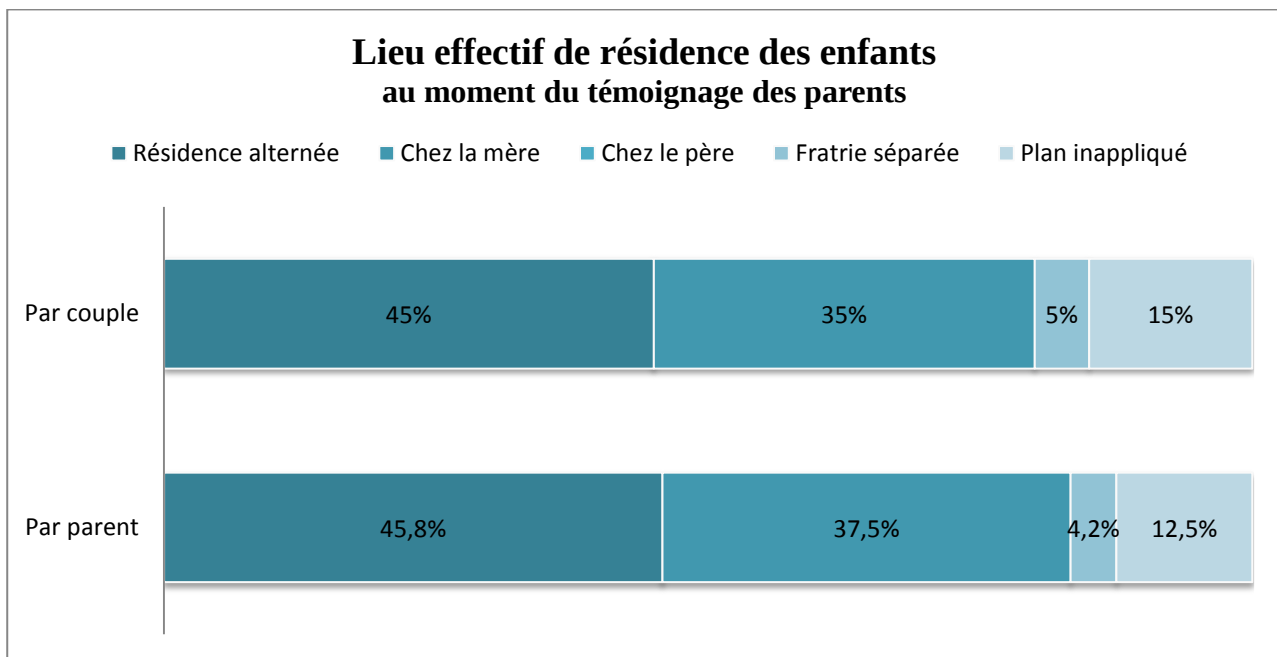
Les relations de l'enfant avec ses parents séparés concernent à la fois la question de la résidence de l'enfant (§1) et, lorsque l'enfant vit chez l'un de ses parents, celle du droit de visite et d'hébergement (§2).

§ 1. LA RESIDENCE DE L'ENFANT

La fixation de la résidence de l'enfant est évidemment la première préoccupation des parents qui se séparent. Ainsi, il ressort des entretiens avec les parents que tous leurs accords amiables ont trait au lieu de vie de l'enfant : soit pour en déterminer le lieu, soit pour modifier le rythme qui avait été fixé par une décision de justice. Le lieu de vie de l'enfant a ensuite pu évoluer : l'accord a pu être modifié et/ou ne plus être respecté.

L'article 373-2-9, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun de ses parents (A) ou au domicile de l'un d'entre eux (B), sans privilégier l'un ou l'autre mode d'hébergement. On notera d'ailleurs que les différents modèles proposés aux parents, sur Internet ou par des médiateurs, proposent les deux modes d'hébergement. Il en va évidemment de même dans le formulaire proposé par Ministère de la justice pour former une demande au juge aux affaires familiales.





A. La résidence alternée

Forte proportion. - L'étude sur le terrain révèle une forte proportion de résidence alternée dans les plans parentaux étudiés. En effet, au moment de la formation de l'accord, sept couples sur vingt (soit 35%) ont convenu d'une résidence alternée. Au moment du recueil des témoignages, deux couples de plus, soit un total de neuf couples (45%), ont convenu (et maintenu en pratique) une résidence alternée. Il faut préciser que pour un des couples, l'un des enfants réside chez sa mère et l'autre est en résidence alternée. Si on ajoute ce dernier enfant au nombre de résidence alternée, on arrive à huit résidence alternée au départ et dix résidence alternée au moment de l'entretien. Le passage d'une résidence de l'enfant au domicile d'un parent à une résidence alternée concerne un couple pour lequel la résidence était au départ fixée chez la mère (avant de passer à une résidence alternée, le droit de visite et d'hébergement du père a été étendu, la résidence alternée s'est donc mise en place progressivement) et un couple pour lequel la résidence était fixée chez le père.

La mise en relation des données issues des parents ayant témoigné et des statistiques de l'Insee montre que la proportion de résidence alternée constatée lors des entretiens est plus importante que celle constatée dans les procédures devant les juges aux affaires familiales (divorce et hors divorce). En effet, alors qu'elle est de 45% des couples entendus, seules 16% des décisions des juges aux affaires familiales visant à mettre en place le mode de résidence des enfants à la suite de la séparation parentale aboutissent à une résidence alternée (données pour l'année 2012)⁵⁰. L'entente entre les parents étant l'un des éléments primordiaux de mise en place d'une résidence alternée, cette forte proportion n'est pas étonnante dans le contexte consensuel des accords parentaux.

Modalités. - Le droit positif n'impose aucune norme aux parents, en particulier l'alternance peut tout à fait être inégalitaire, hebdomadaire ou non, etc.

Lorsque les parents interrogés dans le cadre de l'enquête sur le terrain ont mis en place une résidence alternée, elle est le plus souvent égalitaire (huit puis neuf couples sur dix), sur un rythme une semaine/une semaine (sept couples sur dix).

Même dans les hypothèses de résidence non égalitaire, la différence de temps passé au domicile de chaque est faible : l'un des couples a simplement prévu que l'enfant passerait tous ses mercredis

⁵⁰ *Résidence et pension alimentaire des enfants de parents séparés : décisions initiales et évolutions*, Insee Références, 2015.

chez la mère. L'autre couple, qui avait mis en place un système dans lequel les enfants passaient neuf jours chez leur mère et cinq jours chez leur père, a convenu d'une résidence alternée égalitaire au bout de six mois.

Les couples qui n'ont pas adopté le rythme une semaine/une semaine se sont généralement partagé la semaine : par exemple, l'enfant réside chez l'un tous les lundis et mardis et un weekend sur deux (vendredi, samedi, dimanche) ; et chez l'autre tous les mercredis et jeudis et un weekend sur deux (vendredi, samedi, dimanche).

La convention transmise par l'un des parents fait montre d'un certain degré de précision dans la rédaction des clauses portant sur l'organisation de la résidence.

L'enfant résidera chez ses deux parents de manière alternée selon la périodicité suivante :

1) En dehors des périodes de vacances scolaires:

- les jours suivants chez le père : Lundi et Mardi + un week-end sur deux (vendredi, samedi, dimanche)

- les jours suivants chez la mère : Mercredi et Jeudi + un week-end sur deux (vendredi, samedi, dimanche)

Le changement se fera en sortie de classe d'école, le parent n'ayant pas l'enfant venant le chercher

2) Pendant les périodes de vacances scolaires :

Le partage des vacances et jours fériés s'exercera de la manière suivante (sous réserve de meilleur accord) : chaque parent bénéficie de la moitié de toutes les vacances scolaires. Les dates seront fixées au cas par cas conjointement par les parents.

3) Jours fériés et jours de fêtes:

Les périodes d'alternance s'étendent aux jours fériés et ponts qui y sont accolés (avant ou après).

Modèles. - De même les modèles proposés en ligne, ou encore les accords communiqués par les médiatrices sont également très précis quant à l'organisation des modalités de la résidence alternée, laissant penser qu'il s'agit là du principal objet des plans parentaux extrajudiciaires. Cette précision est somme toute logique car l'hébergement partagé est le choix qui est le plus complexe à mettre en œuvre et qui nécessite une plus grande prévisibilité.

M. XXX et Mme XXX, exerçant conjointement l'autorité parentale, ont mis en place dans l'intérêt de leur fille, une résidence alternée d'une semaine chez chacun d'eux avec changement de résidence tous les vendredis soir à la sortie de l'école.

L'alternance semaine paire/impaire sera déterminée à chaque rentrée scolaire de l'enfant et vaudra pendant toute l'année scolaire.

En ce qui concerne les vacances scolaires, elles sont partagées par moitié de gré à gré avec alternance annuelle première moitié année paire pour le père uniquement en ce qui concerne les vacances de Noël.

Les dates de vacances à prendre en considération sont celles de l'Académie dont dépend l'établissement scolaire de X.

X passera la fin de semaine de la fête des pères chez le père et la fin de semaine de la fête des mères chez la mère ou simplement le dimanche, jour de la fête, selon le souhait des parents.

Cet exemple est significatif d'un compromis à trouver entre la prévisibilité du calendrier et la valorisation des ententes, au fur et à mesure, entre les parents.

Il en va de même, avec une formulation différente, dans le modèle suivant, fourni également par une médiatrice :

LA RESIDENCE DES ENFANTS

La résidence des enfants est fixée en alternance chez chacun des parents.

(préciser les périodes et le temps de changement)

Les parents conviennent que cette résidence alternée est ainsi définie mais qu'elle devra se dérouler avec la plus grande souplesse, et prendre en considération les fêtes, jours spéciaux, travail des parents et disponibilités de chaque parent.(...)

Pendant l'année scolaire :

L'alternance des résidences se fera sur une semaine.

Ce sera la même garde périscolaire (« nounou ») qui s'occupera des enfants dans les deux résidences.

Le changement s'effectuera le vendredi soir après l'école. La garde périscolaire s'occupera de la transition de résidence.

Pour les vacances :

Le temps de vacances sera partagé de façon égale entre nous deux, selon un calendrier établi à l'avance par nous deux, en accord avec nos disponibilités. Nous le ferons suffisamment à l'avance de façon à pouvoir poser nos vacances.

Nous alternerons la semaine de Noël. Pour 20XX, les enfants passeront Noël avec X.

Pour les vacances d'été, nous alternerons les mois de juillet et août.

Dans une autre convention fournie par une médiatrice, on peut relever les dispositions très concrètes suivantes :

De façon à éviter qu'un sac ne transite par l'école, les vêtements seront déposés chez la nourrice de X en attendant qu'il ait une double garde-robe. (...)

En cas de retard de l'un de nous pour accompagner X, nous nous engageons à nous téléphoner afin d'éviter des inquiétudes inutiles.

Remise de l'enfant. - Une première option peut consister à ce que le parent dont la semaine commence vienne chercher l'enfant à la sortie de son établissement scolaire (le vendredi par exemple). Cet arrangement peut s'avérer compliqué lorsque le couple a deux ou plusieurs enfants scolarisés dans des établissements différents. De plus, la gestion des bagages, et notamment des affaires scolaires, peut se révéler difficile pour l'enfant. Il présente cependant l'avantage d'éviter aux parents de se rencontrer, lorsque la relation n'est pas (encore) suffisamment apaisée entre eux. On remarquera qu'il est privilégié par l'un des sites qui propose un modèle⁵¹, sans justification cependant...

Une autre option consiste à prévoir que le parent dont la semaine commence vienne chercher l'enfant chez l'autre parent, ou que ce dernier accompagne l'enfant au domicile du premier. Cette

⁵¹ JAFland.

variante permet à l'enfant de se préparer plus sereinement au changement de résidence. Elle peut se révéler délicate lorsque les parents ne souhaitent pas se rencontrer – mais c'est peu probable s'ils sont dans la situation où ils ont réussi à s'entendre sur un plan parental – ou lorsque le moment de la séparation avec le parent de la semaine précédente est encore difficile pour l'enfant.

Dans le modèle fourni par la médiatrice et cité ci-dessus, on observera que c'est la « nounou » qui se charge d'effectuer la transition, ce qui peut être une bonne solution pour les jeunes enfants, assurant une certaine continuité dans la prise en charge. Elle permet en outre aux deux parents d'avoir un contact avec la personne qui assure la garde de l'enfant.

Trajets. - Lorsque l'enfant est suffisamment âgé pour se déplacer seul, certains parents prévoient qu'il prendra les transports en commun.

Exemple dans une convention communiquée par une médiatrice :

TRAJETS D'UN DOMICILE À L'AUTRE

Pour se rendre chez leur papa et en revenir, les enfants prendront le train. Une fois de temps en temps, S. viendra les chercher chez M. ou les ramènera. Ou partagera le trajet avec la mère. (...). Quand les enfants arrivent d'un trajet d'une maison à l'autre, ils envoient un texto ou appellent.

Fêtes et autres événements. - Le modèle de convention fourni sur le site JAFLand et qui reprend ou est repris par le site de Michel Huyette, est particulièrement précis concernant les jours de fête et fériés. On notera cependant que, de manière surprenante, rien n'est prévu pour Noël, pour lequel une alternance paraît opportune, les parents pouvant prévoir que l'un aura l'enfant le 24 et l'autre le 25. On peut même imaginer que cette fête particulière puisse être fêtée par l'enfant avec ses deux parents. Il pourrait en être de même pour son anniversaire, qui n'est pas non plus prévu dans le modèle.

JOURS FÉRIES ET JOURS DE FÊTES :

- en tout état de cause, le père aura les enfants pour le dimanche de la Fête des Pères dès le samedi 18 heures, et la mère les aura pour le dimanche de la Fête des Mères dès le samedi 18 heures,
- les périodes d'alternance seront suspendues lors des périodes de vacances,
- les périodes d'alternance s'étendent aux jours fériés et ponts qui y sont accolés (avant ou après)

Il semble ainsi que le plan parental doit répondre à une liste de questions relatives au partage de l'hébergement de l'enfant :

- quelles seront les modalités de l'alternance : hebdomadaire, toutes les deux semaines, tels jours chez le père et tels autres chez la mère, etc.
- quelles seront ces modalités au moment des vacances scolaires (et l'on distinguera utilement les « petites » vacances de celles d'été)
- quand s'effectuera la transition : le vendredi après l'école, le dimanche soir, etc.
- comment s'effectuera cette transition, en particulier lorsque l'enfant n'est pas suffisamment âgé pour se déplacer seul.
- comment s'organiseront les jours de fête particuliers : Noël, fête des pères et des mères, anniversaire de l'enfant, ainsi que les jours fériés

Calendrier parental. - Diverses expressions peuvent désigner cet outil : calendrier de résidence, calendrier parental, calendrier de temps parental... L'importance de ce calendrier parental a été soulevée par plusieurs parents ayant participé à l'enquête de terrain, *a fortiori* lorsqu'ils choisissent un mode particulier de répartition des jours. Des sites Internet et applications pour smartphone proposent d'ailleurs des calendriers en ligne pour les parents ayant convenu d'une résidence alternée. Sont également vendus dans le commerce des calendriers ou organisateurs familiaux, dont l'objectif est de faciliter l'organisation temporelle des relations familiales notamment dans l'hypothèse de séparation parentale. L'avantage du calendrier parental, annexé ou non à un plan parental, est de prévoir de façon immédiatement visible les moments passés par l'enfant avec chacun de ses parents. Les modalités convenues par les parents à travers des formulations-types ne sont pas toujours aussi claires qu'il pourrait y paraître, surtout quand interviennent des occasions spéciales : anniversaire de l'enfant, d'un parent ou d'un autre membre de la famille, Fête des mères ou des pères, jours fériés, éventuellement les fêtes religieuses, voyages scolaires, etc. ou encore une maladie de l'enfant ou d'un des parents. L'élaboration commune d'un tel calendrier peut d'ailleurs être l'occasion pour les parents de se concerter au moins une fois par an.

Garde l'enfant en cas d'indisponibilité d'un parent. - Dans l'étude de terrain, quatre couples se sont engagés à ce que à ce que l'enfant soit prioritairement pris en charge par l'autre parent lorsque celui qui en a la garde n'est pas en mesure de s'en occuper.

En cas d'impossibilité pour l'un d'eux de prendre en charge personnellement les enfants durant le temps convenu, l'autre parent est prioritaire pour assurer la garde des enfants.

Une clause similaire se retrouve également dans plusieurs conventions transmises par les médiatrices :

Si l'un de nous n'est pas disponible, notamment pour des motifs professionnels, sur le temps où les enfants résident chez lui, il demande en priorité à l'autre parent de le remplacer. Le cas échéant, les enfants viennent chez l'autre parent.

En cas d'impossibilité pour l'un de nous, pendant « sa semaine », de garder X à dormir, nous privilégierons l'appel à l'autre parent pour lui proposer d'héberger X. Ceci ne concerne que les temps de nuit et nous savons que l'autre parent n'est pas tenu de dire oui.

Le principe à retenir est que X sera de façon privilégiée avec ses parents mais dormir chez ses grands-parents ou d'autres proches est également important pour son équilibre affectif.

Certains ont prévu que, dans l'hypothèse où les deux parents ne seraient pas en mesure de s'occuper de l'enfant, ce dernier serait prioritairement pris en charge par les grands parents et à défaut par le compagnon de la mère. A l'inverse, certains parents se sont entendus pour que le « beau-parent » ne soit sollicité qu'en dernier recours...

L'échantillon de clauses canadien prévoit également cette option :

1. S'il faut faire garder les enfants, nous acceptons d'appeler l'autre parent, chaque fois que cela est possible de le faire, pour lui demander s'il souhaite s'occuper des enfants.

OU

2. Nous convenons que, s'il doit faire garder les enfants pendant une période de plus de quatre heures, le parent chez qui résident les enfants en informe l'autre parent et lui donne la possibilité de s'occuper des enfants pendant cette période.

Déménagement d'un des parents. - En droit positif français, l'article 373-2 du code civil dispose, dans ses alinéas 3 et 4, que : « *Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant.* »

Parmi les personnes ayant participé à l'étude de terrain, les parents s'étaient engagés dans trois couples sur vingt, à résider à proximité l'un de l'autre. Il faut remarquer qu'une telle clause ne pourrait faire l'objet d'une exécution forcée, car cela porterait atteinte à la liberté individuelle du parent concerné et à son droit au respect de son domicile garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un autre couple a modifié le plan parental écrit, par un avenant, pour s'adapter au désir de la mère de déménager tout en conservant la possibilité d'une résidence alternée. Le lieu de scolarisation a également été modifié par cet avenant (cf. *infra*). Dans l'une des conventions transmises par une médiatrice, les parents ont seulement prévu de s'informer du déménagement (il s'agit d'une hypothèse dans laquelle l'enfant réside habituellement chez la mère) :

Tout changement de domicile de l'un des parents sera notifié à l'autre au plus tard dans le délai d'un mois à compter du changement.

En dehors de cette hypothèse, aucun exemple de prévision d'un déménagement ultérieur ne nous a été communiqué. On peut cependant considérer que la résidence alternée prévue par le plan parental est implicitement subordonnée au maintien de la résidence de chacun des parents dans un

lieu compatible avec un partage de l'hébergement, notamment pour permettre à l'enfant de rester scolarisé dans le même établissement.

Au Canada, cette question est en revanche décrite en détails dans l'*Echantillon de clauses* :

DEMENAGEMENTS LOCAUX

1. Si un parent prévoit changer de résidence dans les limites de la ville de X, il doit, au moins

60 jours avant le déménagement, donner à l'autre parent la nouvelle adresse, le numéro de téléphone et la date du déménagement.

OU

2. Si un parent prévoit changer de résidence dans les limites de la ville de X, il doit, au moins

60 jours avant le déménagement, donner à l'autre parent et aux grands-parents des enfants la nouvelle adresse, le numéro de téléphone et la date du déménagement.

Déménagements à l'extérieur de la région

1. Ni l'un ni l'autre des parents ne peut changer le lieu de résidence des enfants de la ville de X, sans

a) aviser l'autre parent du déménagement proposé au moins 60 jours à l'avance;

b) obtenir le consentement écrit de l'autre parent ou une ordonnance du tribunal autorisant le déménagement.

Cet avis doit comprendre :

a) l'adresse du nouveau lieu de résidence proposé;

b) la date du déménagement proposé;

c) une proposition de nouveau calendrier parental.

OU

2. Si le parent A propose de changer le lieu de résidence des enfants de la ville de X, il doit aviser le parent B de la date du déménagement 60 jours à l'avance. Cet avis doit comprendre :

a) l'adresse du nouveau lieu de résidence proposé;

b) la date du déménagement proposé;

c) une proposition de calendrier parental.

Si le parent A et le parent B ne peuvent pas s'entendre sur les nouveaux arrangements parentaux, ils conviennent d'utiliser la méthode de règlement des différends établie à la section 9 pour résoudre tous les problèmes liés au déménagement proposé.

OU

3. Le parent B peut changer le lieu de résidence des enfants de la ville de X. Si le parent B décide de changer le lieu de résidence des enfants, il doit aviser le parent A de la date du déménagement proposé au moins 60 jours à l'avance. Cet avis doit contenir les renseignements suivants :

a) l'adresse du nouveau lieu de résidence proposé;

b) la date du déménagement proposé;

c) une proposition de calendrier parental.

Si le parent A et le parent B ne peuvent pas s'entendre sur le nouveau calendrier parental, ils conviennent d'utiliser la méthode de règlement des différends établie à la section 9 pour établir un nouveau calendrier parental qui tient compte du déménagement.

Un plan parental pourrait rappeler l'obligation légale pour chaque parent de prévenir l'autre en cas de déménagement - cette disposition étant aussi applicable en cas de résidence chez un parent lorsque le déménagement risque d'avoir des conséquences sur le droit de visite. Les parents peuvent plus précisément prévoir les limites à partir desquelles la résidence alternée est remise en cause en cas de déménagement et notamment fixer une distance en-dessous de laquelle le déménagement n'affectera pas le mode d'hébergement de l'enfant. Au-delà, tout projet de déménagement devra donner lieu à nouvelle concertation entre les parents. Le plan peut également fixer un délai de prévenance de l'autre parent (y compris pour un déménagement vers un lieu suffisamment proche pour que cela n'affecte pas l'hébergement de l'enfant).

B. La résidence chez l'un des parents

Enquête. - Au moment de l'accord, dix couples sur vingt (soit 50%) ont convenu de fixer la résidence principale au domicile de la mère. Deux couples sur vingt (soit 10%) ont fixé la résidence principale au domicile du père. Dans un seul cas (soit 5% des couples), les parents ont prévu une séparation partielle de la fratrie : l'un des enfants bénéficie de la résidence alternée, l'autre réside habituellement avec sa mère (donc on a un total de onze enfants chez la mère, huit en résidence alternée et deux chez le père).

Au moment du témoignage des parents, sept couples ont maintenu une résidence principale au domicile de la mère (35%), sachant qu'en plus un enfant d'un couple vit toujours chez la mère (ce qui fait huit enfants chez la mère) tandis que l'autre est en résidence alternée ; plus aucun enfant ne résidait à titre principal chez le père (il s'agit des deux nouvelles hypothèses de résidence alternée). Pour les trois derniers couples, qui correspondent à trois familles dans lesquelles la résidence habituelle était au départ fixée deux pour d'entre eux chez la mère et l'autre chez le père, le plan parental n'est aujourd'hui plus appliqué. Pour un accord, les enfants sont majeurs. Pour un autre accord, les enfants étaient en résidence chez le père (mais d'après la mère c'était en réalité une espèce de résidence alternée qui ne disait pas son nom) et ce mode d'hébergement a été maintenu après leur divorce. Un dernier couple a remplacé son plan parental par une décision du juge aux affaires familiales, qui maintient la résidence chez la mère.

§ 2. Les relations personnelles de l'enfant avec le parent non hébergeant

L'article 373-2-9, alinéa 3, du Code civil dispose que : « *Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent* ». Il faut préciser que la loi ne prévoit pas du tout les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement, même si en pratique, une sorte de droit de visite et d'hébergement coutumier a fait son apparition ; il est composé d'une répartition égalitaire du droit de loisirs entre les parents soit un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Enquête. - Au départ (lors de la formation de l'accord), treize accords prévoyaient un droit de visite et d'hébergement ; ce sont logiquement les plans parentaux qui fixaient une résidence chez l'un des parents (onze chez la mère et deux chez le père : cf. *supra*).

Quatre accords prévoyaient un droit de visite et d'hébergement que la pratique qualifie de classique, c'est-à-dire un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires. Dans un des cas, le droit de visite devait se dérouler sous surveillance de la grand-mère paternelle, en raison des troubles psychiatriques du père. Pour un de ces quatre accords, le droit de visite et d'hébergement a ensuite été étendu (tous les mercredis : « *les mercredis du papa* »), avant d'être supprimé au profit d'une résidence alternée égalitaire.

Pour six accords, le droit de visite et d'hébergement était plus étendu que le droit de visite et d'hébergement dit classique. Pour trois de ces accords, le droit de visite et d'hébergement était

organisé sur le modèle classique auquel s'ajoutait un jour, soit toutes les semaines (pour un cas), soit la semaine où le père n'a pas les enfants le week-end (pour deux cas). Pour les trois autres accords, le parent (à chaque fois un père) voyait ses enfants tous les week-ends (pour deux cas), ou deux jours par semaine (pour un cas).

Trois accords prévoyaient un droit de visite et d'hébergement libre (deux au profit d'une mère et un au profit d'un père).

On notera que neuf accords sur treize (69%) prévoyaient un droit de visite et d'hébergement plus large que le droit de visite et d'hébergement dit classique, ce qui va dans le sens d'une plus grande présence du parent non hébergeant dans le cadre des plans parentaux.

Au moment de l'entretien, huit accords prévoient un droit de visite et d'hébergement. En effet, deux couples sont passés à une résidence alternée, qui n'implique donc pas de droit de visite et d'hébergement ; trois autres plans parentaux ne sont plus appliqués (deux ont été remplacés par une décision judiciaire et un n'a plus d'objet en raison de la majorité des enfants).

Pour trois accords un droit de visite et d'hébergement dit classique est maintenu dont un sous surveillance de la grand-mère paternelle.

Un accord a maintenu un droit de visite libre au profit du père.

Enfin, pour quatre accords, le droit de visite et d'hébergement est étendu, à tel point qu'un des pères estime qu'il s'agit plutôt d'une résidence alternée. Pour deux de ces derniers accords, le droit de visite et d'hébergement était organisé sur le modèle classique auquel s'ajoutait un jour toutes les semaines (pour un cas) ou un soir toutes les semaines et un jour les semaines où le parent n'a pas l'enfant (pour un cas). Pour les deux autres accords, le parent (à chaque fois un père) voit ses enfants tous les week-ends (pour un cas), ou deux jours par semaine (pour un cas – mais dans cette hypothèse, la mère explique qu'en réalité, le père n'exerce pas son droit et ne voit les enfants qu'un week-end par mois).

Modèles. - Là encore, les modèles proposés sont généralement détaillés quant aux modalités de ce droit de visite, avec le plus souvent une distinction entre le temps scolaire, les petites vacances scolaires et la période des vacances d'été. Les clauses prévoient à la fois la durée du droit de visite et d'hébergement et le moment où il a lieu (semaines paires ou impaires). Très souvent, on retrouve une clause prévoyant la prise en compte des jours fériés et jours de fête.

Pour ce qui est de la durée on remarque une grande diversité dans les modèles proposés, qui vont du modèle dit classique, à la totale liberté, mais qui peuvent également prévoir un droit de visite très réduit en cas de circonstances particulières (dont on peut penser qu'il faudrait qu'elles figurent dans le plan parental). Par ailleurs, on note que la clause mentionne quasi systématiquement la possibilité d'un autre accord, favorisant ainsi une certaine souplesse des relations de l'enfant avec son parent non hébergeant.

Le droit de visite et d'hébergement exercé par le père sur X. s'organise sur la base et en dehors de tout autre arrangement parental de chaque fin de semaines paires du mois du vendredi à la sortie de l'école lorsque le père est en repos ou chez la grand-mère paternelle vers 17H00 au Dimanche 19H00. Il est élargi au jour férié qui la précède ou lui succède ainsi qu'aux jours de repos supplémentaires dont bénéficierait le père (ex : les 2 jours fixes toutes les six semaines).

Dans un contexte particulier et afin de permettre une reprise des liens entre fille et père dans les meilleures conditions, le droit de visite et d'hébergement exercé par M. X sur Y s'organise progressivement sur la base et en dehors de tout autre arrangement parental d'une journée minimum par mois avec un délai de prévenance de 8 jours pour le père à qui il

appartient de déterminer avec la mère le jour ou les jours et horaires choisis (...).

A l'exclusion des vacances scolaires, le droit de visite et d'hébergement exercé par la mère sur X est organisé librement entre les parents. (...) Pour les vacances scolaires le droit de visite et d'hébergement est fixé à la moitié des vacances scolaires, les premières moitiés les années paires et les secondes moitiés les années impaires.

Documentissime et Jafland

- en tout état de cause, le père aura les enfants pour le dimanche de la Fête des Pères dès le samedi 18 heures, et la mère les aura pour le dimanche de la Fête des Mères dès le samedi 18 heures,
- le droit de visite sera suspendu lors des périodes de vacances bénéficiant au parent gardien,
- les droits de visite et d'hébergement s'étendent aux jours fériés et ponts qui y sont accolés (avant ou après).

Cas particulier. - Le plan peut également prévoir outre une organisation prédéterminée, que le droit de visite et d'hébergement s'exercera ponctuellement, sur demande en temps utile du parent concerné. L'accord peut aussi contenir des dispositions particulières pour certains événements comme l'anniversaire de l'enfant, de chaque parent, ou d'un membre de la fratrie, fête des pères et des mères, Noël et autres fêtes religieuses selon la religion de chaque parent.

Droit de visite médiatisé. - Le plan peut également prévoir que ce droit s'exercera dans un point-rencontre ou en présence d'un tiers. Dans l'étude de terrain, c'est ainsi le cas dans une hypothèse : le père ayant des problèmes de santé mentale, le plan prévoit que le « droit de visite et d'hébergement » s'effectue sous la surveillance de la grand-mère paternelle.

Remise de l'enfant. - Comme dans l'hypothèse de la résidence alternée, il peut être opportun d'envisager les modalités de ce « passage » d'un parent à l'autre et ce, d'autant plus lorsque les parents vivent éloignés l'un de l'autre (bagage éventuel, accompagnement, transport et leur coût notamment).

Documents et effets de l'enfant. - Aucun plan parental étudié ne fait référence à la question des affaires de l'enfant et des documents qui le concerne (carnet de santé, livret scolaire, papiers d'identité...) et les entretiens n'en font pas état.

*L'Echantillon de clauses pour un plan parental*⁵² canadien prévoit cette question :

Les cartes d'assurance-maladie des enfants accompagnent les enfants entre les résidences du parent A et du parent B. Le parent A conserve les passeports délivrés au nom des enfants, les cartes d'assurance sociale, les actes de naissance et [inscrire tout autre document pertinent]

⁵² http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/ecppp-ppt/Parenting_Plan_Tool.pdf

à son domicile, et il met ces documents à la disposition du parent B au besoin.

De même, la question de la localisation des effets personnels de l'enfant (peut-il les emporter d'un domicile à l'autre ? mais également, par exemple, la responsabilité du lavage des vêtements de l'enfant) pourrait être envisagée, au moins oralement, pour convenir de règles générales. Ces différentes questions se posent également dans le cadre de la résidence alternée. L'un des parents a fait allusion au fait que la question du linge dans ce dernier cadre a suscité des difficultés au départ, le père conservant le linge de l'enfant lorsqu'il remettait ce dernier à sa mère.

Il serait ainsi opportun que les questions relatives aux documents et effets de l'enfant et particulièrement celles relatives aux papiers officiels, papiers d'identité, carnets de santé et livret scolaire soient abordées dans le plan parental. Il convient d'une part de prévoir quel parent les conserve, avec des copies éventuelles pour l'autre, et de convenir que ce dernier pourra les obtenir lorsqu'il en aura besoin.

Déménagement d'un parent. - Même si aucun parent n'a, durant les entretiens, mentionné ce point en dehors des hypothèses de résidence alternée (cf. *supra*), le plan parental pourrait rappeler l'obligation légale contenue dans l'article 373-2 du Code civil pour chaque parent de prévenir l'autre en cas de déménagement lorsque celui-ci risque d'avoir des conséquences sur le droit de visite de l'autre parent. De manière générale, il semble utile que chacun des parents sache où habite l'autre, et par conséquent où l'enfant passe une partie de son temps. Le plan peut donner des indications sur l'impact financier d'un tel déménagement notamment quant à la prise en charge et les modalités des trajets de l'enfant pour se rendre chez l'un et l'autre parent.

Une clause de l'*Echantillon* canadien porte sur ce dernier point :

Coûts supplémentaires en raison de la distance

1. Le parent A rembourse au parent B [inscrire un pourcentage] % du coût de tous les vols effectués pour passer du temps avec [inscrire le nom des enfants], conformément au présent plan parental. Le parent B remet au parent A les reçus de tous les vols effectués, et le parent A verse le remboursement au parent B dans les 30 jours suivant la réception des reçus.

OU

2. Le parent A rembourse au parent B [inscrire un pourcentage] % du coût de tous les vols effectués par [inscrire le nom des enfants] pour passer du temps avec le parent B, conformément au présent plan parental. Le parent B remet au parent A les reçus de tous les vols effectués, et le parent A verse le remboursement au parent B dans les 30 jours suivant la réception des reçus.

Communication entre enfant et parent. - Certaines des conventions étudiées comportent des dispositions prévoyant l'importance de la communication entre l'enfant et chacun de ses parents et en prévoient parfois les modalités.

Nous nous engageons également à favoriser la communication des enfants avec le parent absent.

Les parents peuvent ainsi convenir de modalités précises de communication avec l'enfant pendant le temps qu'il passe chez l'autre parent : fréquence, durée, horaires, modalités matérielles (téléphone, courriel, appels vidéos...).

La communication entre nous nécessite que les enfants possèdent un téléphone portable en cas de besoin lorsqu'ils sont seuls sans leur parent et pour communiquer avec leur parent éloigné pendant et hors vacances.

Le parent qui n'est pas avec les enfants essaie d'appeler deux fois dans la semaine sur le portable des enfants ou de l'autre parent.

Quand le parent n'arrive pas à joindre les enfants, il appelle le parent ou laisse un message.

L'échantillon canadien est intéressant en ce qu'il propose deux options, l'une très souple et l'autre beaucoup plus précise donc contraignante :

1. Durant le calendrier parental régulier, les enfants peuvent communiquer avec leurs parents chaque fois qu'ils le souhaitent.

OU

2. Durant l'horaire régulier, le parent A peut appeler les enfants entre [inscrire l'heure] et [inscrire l'heure] quand ils résident chez le parent B, et le parent B peut appeler les enfants entre [inscrire l'heure] et [inscrire l'heure] quand ils résident chez le parent A.

Renonciation ?. - On peut se demander si le plan parental peut porter renonciation d'un parent à toute relation personnelle avec l'enfant. En l'état du droit positif, la réponse à cette question est clairement négative (cf. *supra*). Toutefois, dans une démarche prospective, Adeline Gouttenoire et Laure Jacobs y répondent positivement⁵³ : « *Moins encore que l'exercice de l'autorité parentale, l'exercice d'un droit aux relations personnelles ne peut être imposé au parent qui se désintéresse de l'enfant ou est placé dans une situation psychologique telle qu'il n'est pas en état d'avoir des relations avec son enfant* ». Une telle renonciation devrait cependant rester tout à fait exceptionnelle et se limiter aux hypothèses où la relation de l'enfant avec son parent serait toxique pour lui.

⁵³ A. GOUTTENOIRE et L. JACOBS, *Les conventions portant sur la prise en charge de l'enfant*, in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, Bruylant, vol. 2 *La « conventionnalisation » des couples*, à paraître 2016.

CHAPITRE 3 : LES DECISIONS RELATIVES A L'ENFANT

Dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, toutes les décisions concernant l'enfant doivent être prises par les deux parents. Toutefois, l'article 372-2 du Code civil prévoit que chacun des parents est présumé, à l'égard des tiers, avoir reçu l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale. Cette règle est cependant limitée par certaines conditions, clairement posées par la loi : tout d'abord, il faut que le tiers soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été au courant du désaccord ou de la possibilité de désaccord de l'autre parent. En particulier, à partir du moment où l'un des parents a fait connaître la possibilité de ce désaccord, le tiers ne peut plus être considéré comme de bonne foi. Ensuite, il faut un acte usuel de l'autorité parentale. L'étude la jurisprudence permet d'indiquer qu'il s'agit d'un acte qui n'engage pas l'avenir de l'enfant et qui ne rompt pas avec le passé⁵⁴. C'est d'ailleurs une formulation proche qui avait été retenue dans la proposition de loi Famille relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant : « *Constitue un acte important l'acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux* ». On peut sans aucun doute affirmer que le fait pour un parent de renoncer à participer aux décisions importantes concernant l'enfant serait une renonciation interdite en l'état du droit positif. En revanche, les parents peuvent se répartir certaines décisions portant sur des actes usuels. Puisque la loi envisage que l'accord soit présumé à l'égard des tiers, on peut en déduire que chaque parent peut donner son accord, à l'avance, pour les actes usuels accomplis par l'autre. Ainsi, un plan parental pourrait contenir une disposition selon laquelle chaque parent consentirait à l'avance aux actes usuels envisagés par l'autre, en particulier pendant le temps de la présence de l'enfant chez lui.

C'est ce que propose l'échantillon de clauses canadien :

Décisions quotidiennes

1. Durant la période pendant laquelle les enfants résident chez un parent, ce parent prend les décisions quotidiennes concernant les enfants (p. ex., les devoirs, l'heure du coucher et les tâches).

Le plan pourrait utilement, dans ce cas, prévoir une liste indicative d'actes usuels. On en donnera un exemple : la première inscription à une activité extrascolaire est une décision importante, tandis que la réinscription – ne rompant pas avec le passé – correspond à la catégorie de l'acte usuel.

Le droit canadien va dans le même sens, ainsi que cela ressort du *Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*, édité par le Ministère de la Justice canadien (p. 34) :

⁵⁴ A. GOUTTENOIRE et H. FULCHIRON, V^o *Autorité parentale*, Rép. civ. Dalloz, 2015 n°123 et s.

Vous pouvez prendre des décisions importantes de plusieurs façons différentes.

Prise de décisions conjointe — Vous et l'autre parent devez-vous consulter et prendre les décisions ensemble.

Prise de décisions exclusive — Un seul d'entre vous prend les décisions.

Prise de décisions divisée (parallèle) — Vous êtes responsable de certaines décisions (p. ex., sur les soins de santé et la religion) et l'autre parent est responsable d'autres décisions (p. ex., l'éducation).

Vous devez examiner attentivement quelle approche convient à votre situation, en tenant compte de l'intérêt supérieur de vos enfants. Si vous et l'autre parent êtes capables de bien coopérer sur des questions parentales, la prise de décisions conjointe peut être une bonne option pour vous.

Cependant, si vous et l'autre parent n'êtes pas capables de vous entendre, la nécessité de prendre des décisions ensemble ou la prise de décisions divisée peut exposer vos enfants à des conflits. Par exemple si l'un de vous est chargé des décisions en matière de santé et l'autre, des décisions en matière d'éducation, vous pourriez être en désaccord au sujet des répercussions qu'un programme d'études particulièrement exigeant pourrait avoir sur la santé de vos enfants.

Il est important de penser à la façon dont vous allez résoudre ces types de désaccords.

Il faut faire le lien avec la clause proposé dans l'*Echantillon* :

Décisions importantes concernant les enfants

1. Nous prenons ensemble les décisions importantes concernant l'éducation, les soins de santé et la religion de nos enfants. Si nous ne pouvons pas nous entendre au sujet d'une décision importante, nous ferons appel au processus de règlement des différends établi au paragraphe xx

2. Le parent A prend les décisions importantes concernant l'éducation des enfants, les soins de santé et la religion, après avoir consulté le parent B.

OU

3. Le parent A prendra les décisions importantes concernant l'éducation des enfants, les soins de santé et la religion.

OU

4. Le parent A prendra les décisions importantes au sujet de l'éducation des enfants, après avoir consulté le parent B. Le parent B prend les décisions importantes au sujet des soins de santé des enfants et de la religion, après avoir consulté le parent A.

Dans son article relatif aux plans parentaux, Véronique Chauveau⁵⁵, affirme que « les parents peuvent, en outre, établir des règles concernant la prise de décision, lesquelles varient en fonction des matières, des sujets. Il peut par exemple être décidé que le père et la mère discutent et décident ensemble de tout ce qui concerne la scolarité. Alors que, pour le piano, les parents discutent, mais le père, musicien, aura toujours le dernier mot. En revanche, en ce qui concerne le karaté, la mère

⁵⁵ Art. préc.

aura le monopole de la prise de décision. Eu égard au degré d'intensité du conflit, ces règles peuvent être plus ou moins flexibles ».

Décisions d'urgence. – En cas d'urgence, notamment médicale, il est bien entendu que le parent qui est en mesure de prendre la décision pourra le faire, à charge pour lui d'en informer l'autre immédiatement, sachant qu'en matière médicale, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique permet au médecin de passer outre au refus ou à l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale : *« dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur [le médecin] délivre les soins indispensables »* sans le consentement des parents.

Il paraît opportun que les modalités de prise de décision soient envisagées dans les plans parentaux extra-judiciaires et notamment qu'en l'absence de définition légale, les parents prévoient une liste d'actes qui pour eux nécessitent l'accord des deux parents, qu'ils soient ou non usuels.

En réalité, il s'avère que les plans parentaux étudiés prévoient plutôt le contenu de la décision plutôt que la manière dont elle est prise. Par ailleurs, les entretiens avec les parents révèlent que les principes éducatifs ne sont pas formellement abordés dans le cadre de leurs accords. En particulier, les deux conventions transmises n'en font pas état. Ce point ne se retrouve pas davantage dans les documents transmis par les professionnels.

Cela étant, comme le remarque Madame Chauveau⁵⁶, ces principes éducatifs pourraient tout à fait trouver leur place dans un plan parental ; que ce soit concernant les valeurs qu'ils s'accordent à transmettre ou des points plus concrets : la possibilité ou non de laisser l'enfant seul à la maison, ou se rendre seul à l'école ou à ses activités ; autre exemple : l'utilisation du téléphone, de l'Internet, des réseaux sociaux. L'échantillon de clauses canadien ne comporte pas de proposition dans ce sens. Il est vrai qu'il est difficile de formaliser des principes très généraux, et encore plus d'en envisager l'application forcée. Mais on peut envisager une formulation au moins symbolique :

Les parents conviennent de continuer à éduquer leur enfant dans le respect des valeurs qui leur apparaissent essentielles : honnêteté, respect d'autrui, importance du travail scolaire, importance des relations familiales (à compléter).

Nom de l'enfant. - Il est noté que dans l'un des plans écrits transmis au cours des entretiens, figure une clause par laquelle les parents formalisent leur accord pour que les enfants portent désormais, à titre de nom d'usage, le nom de la mère, qui ne le leur avait pas transmis à titre de nom de famille.

D'un commun accord et avec le consentement des enfants, il est convenu que les enfants porteraient désormais le nom de leur mère – à titre d'usage - accolé à leur nom légal paternel

⁵⁶ V. CHAUVÉAU, *Le plan parental, un outil de coparentalité* : AJ famille 2013, p. 269.

Cette question du nom d'usage pourrait utilement être posée par les parents au moment du plan parental, lorsque l'enfant ne s'est pas vu attribuer à la naissance le nom de l'autre parent. L'accord des parents pour le choix de ce seul nom au moment de la naissance a en effet eu lieu, en principe, à un moment où le couple vivait ensemble, on peut concevoir que lorsque tel n'est plus le cas, le parent dont l'enfant ne porte pas le nom – souvent la mère – veuille faciliter sa prise en charge en lui faisant porter son propre nom.

Les décisions principales envisagées par les plans parentaux étudiés concernent la scolarité de l'enfant (§1), sa santé (§2), les questions relatives à la religion (§3).

§ 1. La scolarité

Lieu de scolarisation. - Il est évident que cette décision nécessite le consentement des deux parents, tout changement d'établissement scolaire devant être soumis également à ce double consentement, ce qui n'est pas toujours respecté par les directeurs d'établissement.

Les entretiens avec les parents conduisent à noter que le lieu de scolarisation de l'enfant est particulièrement discuté, en particulier lorsque la résidence est fixée de manière alternée au domicile de chacun des parents, la proximité des lieux de résidence de chacun des parents avec l'établissement scolaire de l'enfant apparaissant comme déterminant. Lors d'un entretien, la mère a expliqué que la détermination du lieu de scolarisation avait été au départ difficile et source de conflit dans la mesure où les parents ne résidaient pas dans la même ville. Elle souhaitait ainsi que l'enfant soit scolarisé dans l'école où elle travaillait en tant que professeur des écoles. Finalement ils ont réussi à s'entendre pour un changement d'établissement scolaire, la mère allant également être mutée.

L'une des conventions transmises contient la clause suivante :

5) Scolarisation de l'enfant

Le choix de la commune et de l'école où est scolarisé l'enfant relève de l'autorité parentale conjointe aux deux parents. Toute proposition de changement d'école par l'un ou par l'autre parent devra être discutée et approuvée par les deux parents. A défaut d'accord entre eux, la question sera soumise au Juge aux affaires familiales.

Cette clause correspond à un simple rappel des règles légales. Elle présente l'avantage de rappeler aux parents – ou de porter à leur connaissance – cette application particulière de l'autorité parentale conjointe. Elle ne donne cependant pas de directive en cas de difficulté ultérieure. Par ailleurs, on peut regretter que le recours au juge ne soit pas précédé d'une tentative de conciliation ou médiation.

Les modèles proposés en France sur Internet n'envisagent pas cette question, puisqu'ils ne concernent que les relations de l'enfant avec ses parents et la contribution financière de ces derniers à son éducation. Les documents canadiens conseillent aux parents de traiter de manière générale la question de l'éducation, dont on peut penser qu'elle englobe celle de la scolarité.

Modalités de la scolarité. – Au-delà du lieu dans lequel elle se déroule, la scolarité de l'enfant n'est pas évoquée dans les accords et conventions qui ont été transmis pour la présente étude.

Les parents pourraient utilement préciser dans leur plan les décisions importantes qui ne pourront être prises que d'un commun accord : orientation, choix d'option, changement d'établissement, internat, redoublement... et au contraire les actes ou décisions qui pourraient être prises par un seul parent, celui qui héberge l'enfant au moment où la question se pose, notamment des absences courtes ou une sortie scolaire qui n'implique ni hébergement ni éloignement à l'étranger. Le plan pourrait aussi utilement rappeler l'obligation pour chaque parent d'informer l'autre, notamment sur les questions touchant à la scolarité de l'enfant (relevés de notes, réunions avec les enseignants). Il pourrait également contenir une disposition par laquelle les parents s'engagent à demander à l'établissement scolaire de communiquer chaque information aux deux parents. On reverra utilement à une brochure éditée par le Ministère de l'éducation sur l'exercice de l'autorité parentale en milieu scolaire⁵⁷. Lorsqu'une décision d'orientation devra être prise, les parents pourraient enfin s'engager à se concerter et à permettre à l'enfant de participer à cette décision. En cas de désaccord entre eux, ils pourraient s'engager à avoir recours à un service public d'orientation (CIO) et à tenter une médiation avant toute saisine du juge.

Activités extrascolaires. - Les parents interrogés disent ne pas s'être concertés dans leur accord à propos des activités scolaires. Toutefois l'un d'eux explique que le choix des activités extrascolaires de l'enfant, qui n'avait pas été envisagé dans le plan parental, a parfois été difficile. L'enfant a beaucoup changé d'activité tant sportive que musicale, et ces différents choix ont donné lieu à des tensions entre les parents, notamment lorsque le père a imposé l'arrêt de l'apprentissage du solfège et du hautbois au conservatoire qui était une épreuve pour l'enfant. Cette expérience permet d'affirmer que la question des activités extrascolaires doit être envisagée dans le plan parental.

Les modèles proposés en France sur Internet n'envisagent évidemment pas cette question puisqu'ils ne concernent que les relations de l'enfant avec ses parents et la contribution financière de ces derniers à son éducation.

En revanche, au Canada la *Liste de vérification pour les plans parentaux*⁵⁸ qui énumère les points à prendre en compte au moment de l'élaboration vise les Activités parascolaires.

Sans doute est-il préférable de prévoir dans le plan parental une disposition qui rappelle que les décisions relatives au choix des activités extrascolaires de l'enfant doivent être prises par les deux parents et que chacun d'entre eux doit faire en sorte que le suivi de cette activité soit effectif. Par ailleurs, dans certaines hypothèses, l'un des parents peut être désigné pour gérer plus particulièrement cette activité selon les circonstances et notamment s'il a des compétences particulières en la matière ou s'il a particulièrement insisté pour que l'enfant fasse cette activité (par exemple : prise en charge des déplacements pour les compétitions). Les activités extrascolaires peuvent également justifier une organisation particulière de la prise en charge de l'enfant (exemple d'un couple pour lequel le rythme de la résidence alternée a été calé en fonction des activités des enfants le vendredi soir).

⁵⁷ http://cache.media.education.gouv.fr/file/Les_acteurs/27/8/AutoriteParentale_170278.pdf

⁵⁸ <http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/lvppp-ppc/lvpp-ppc.pdf>

§ 2. La santé de l'enfant

La vie médicale de l'enfant est également une question d'importance, même si, hors maladie de longue durée de l'enfant, les parents n'en ont pas forcément conscience. C'est dans ce domaine que la différence entre les actes usuels que les parents pourraient faire seuls et les actes non usuels qui impliquent forcément un consentement des deux parents est sans doute la plus délicate. Toutefois, les décisions relatives à la santé de l'enfant doivent donner lieu aux mêmes raisonnements que les autres aspects de l'autorité parentale – sous réserve des décisions qui, de façon dérogatoire, appartiennent à l'enfant seul (contraception, recours à l'IVG, notamment).

Il faut donc distinguer entre :

- le suivi médical classique, qui peut être considéré comme relevant des actes usuels : les parents peuvent alors prévoir que l'un d'entre eux se chargera de ce suivi, notamment le parent hébergeant, tout en informant scrupuleusement l'autre. De la même façon, conserver le même praticien revient à suivre les pratiques antérieures. En revanche en choisir un ou en changer constitue une décision nécessitant l'accord des deux parents.
- les décisions médicales à proprement parler (vaccins, interventions, traitements non anodins...) constituent des décisions importantes et doivent donc rester de leur responsabilité commune.

Enquête. - Dans l'enquête de terrain, seuls deux accords envisagent cette question, chaque fois dans un contexte particulier.

Dans l'une des familles, l'enfant a une maladie génétique. Ces problèmes de santé n'ont pas été déterminants de la mise en place d'un plan parental, mais les parents se sont accordés sur les questions relatives à la santé de l'enfant. Il est ainsi convenu que la mère se charge seule de la gestion des médicaments de l'enfant. Par ailleurs, lorsque l'enfant est hospitalisée, les parents s'arrangent pour qu'un d'entre eux soit toujours avec elle, au besoin en modifiant le rythme de la résidence alternée. En règle générale, ils sont un soir sur deux avec l'enfant. Pour le suivi, ils essaient d'être présents tous les deux, notamment pour les rendez-vous importants.

Dans un contexte différent, un père indique que les questions relatives à la santé des enfants ont été source de conflit dans la mesure où le grand-père maternel est médecin et qu'il s'occupe du suivi de toute sa famille et donc de ses petites-filles, mais de manière informelle, par exemple le dimanche avant le repas de famille. Le père ne voulait plus de cela, car il allait concrètement être exclu des questions de santé de ses filles. Aussi a-t-il demandé à ce que le suivi par le grand-père maternel soit institutionnalisé à son cabinet. La mère aurait préféré que chacun gère librement la santé des enfants lorsqu'elles sont avec lui... Après discussion avec la médiatrice, les parents sont parvenus à un compromis.

Les plans parentaux écrits transmis par les parents ne comportent pas de disposition relative à cette question, pas plus que les conventions communiquées par les professionnels.

L'échantillon canadien comporte une clause relative aux rendez-vous médicaux :

1. Le parent A amène les enfants à tous les rendez-vous médicaux (médecin, physiothérapeute, conseiller, etc.).

OU

2. Le parent A amène les enfants à tous les rendez-vous chez le médecin et le parent B, à tous les autres rendez-vous médicaux (p. ex., counselling, physiothérapie).

§ 3. La question religieuse

Les décisions en matière de religion engagent en effet l'avenir de l'enfant, elles appartiennent par conséquent à la catégorie des choix importants relatifs à la vie de l'enfant, pour lesquels celui qui exerce l'autorité parentale a le devoir d'informer l'autre parent. Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, ils décident ensemble de l'éducation religieuse du mineur. Celle-ci n'entre certainement pas dans la catégorie des actes usuels pour lesquels chacun des parents est présumé agir avec l'accord de l'autre, sauf s'il ne s'agit que de la répétition d'actes à propos desquels les père et mère ont préalablement manifesté leur accord, sans qu'aucun indice ne permette aux tiers de penser que les choses aient pu changer.

Enquête. - Dans l'enquête de terrain, la question n'a été abordée que dans l'un des accords parentaux : les parents ont convenu que si l'un d'entre eux voulait faire baptiser les enfants, il devait préalablement obtenir le consentement de l'autre. Cette obligation était inscrite dans la convention élaborée en médiation et jamais signée par les parents. Pour la mère, c'était quelque chose de rassurant.

La question devient évidemment plus délicate lorsque les parents n'ont pas la même religion. Le compromis qui avait pu être trouvé avant la séparation peut se trouver fragilisé.

Dans l'un des entretiens, la mère explique ainsi que la pratique de la religion a été source de conflits entre les parents, d'incompréhension des enfants, et que le désaccord parental sur ce point est finalement à l'origine de l'échec du plan parental. La pratique de la religion ne s'était jamais véritablement posée du temps du couple conjugal. En revanche, au moment de la séparation, les parents en ont discuté dans la mesure où la mère est juive et le père catholique. Ainsi, la deuxième décision du juge aux affaires familiales (en 2011, avant élaboration du plan parental) avait prévu que pour les trois principales fêtes juives, les enfants seraient avec leur mère, nonobstant le calendrier des droits de visite et d'hébergement et des vacances. Cela avait été maintenu initialement dans l'accord parental. Par la suite cependant, le père est devenu plus pratiquant et a par exemple emmené les enfants à la messe de minuit à Noël 2014 ; selon la mère, les enfants n'ont pas compris.

La mère explique que, parce qu'il trouvait la pratique de la religion juive trop présente, le père n'a plus voulu appliquer le plan parental et a voulu revenir à la décision de justice de 2011. Il venait ainsi de nouveau chercher les enfants tous les mardis soirs (ce que prévoyait le jugement de 2011, mais qui avait été abandonné dans l'accord parental). La mère a alors saisi le juge aux affaires familiales. Le père a contesté devant le juge le fait que la mère ait les enfants à chaque fois pendant les fêtes juives. Le jugement rendu en janvier 2015 prévoit que deux fêtes juives seront passées chez la mère et que la troisième ne le sera que si elle ne tombe pas pendant les vacances scolaires chez le père. La mère indique avoir interjeté appel de la décision, l'aînée des enfants n'ayant pas été entendue par le juge alors qu'elle en avait fait la demande.

Il faut noter d'ailleurs, à titre de comparaison, que l'échantillon canadien ne prévoit pas de clause spécifique relative à la religion, qui est traitée comme toute autre décision éducative.

La religion de l'enfant et plus généralement les pratiques religieuses auxquelles l'enfant peut être confronté avec un de ses parents, peut être source de conflit, elle paraît donc trouver utilement sa place dans un plan parental, qui viendrait rappeler les règles applicables, qui découlent du droit commun de l'autorité parentale :

- lorsqu'aucune pratique antérieure n'a été observée, et dans la mesure où le choix et/ou la pratique d'une religion est une décision importante, le plan peut ainsi rappeler que les parents devront se concerter, en associant l'enfant à cette décision
- en cas de pratique antérieure, les parents peuvent vouloir formaliser ladite pratique, pour éviter tout conflit par la suite. Cela peut notamment avoir une incidence sur le calendrier parental, pour la célébration de fêtes religieuses.

§ 4. Les déplacements de l'enfant

On notera que les voyages et plus généralement les déplacements de l'enfant n'ont pas été évoqués dans les entretiens avec les parents. Ils sont cependant cités dans l'échantillon canadien parmi les questions que doit aborder le plan parental. En outre, une avocate en droit collaboratif y a fait référence. Elle dit essayer de faire penser à tout ce à quoi les parents n'ont pas envie de penser, même si tout ne figurera pas dans l'accord soumis à homologation. A propos des déplacements à l'étranger elle affirme qu'existe une nouvelle problématique : il y a aujourd'hui une espèce de panique avec les déplacements dans les pays du Maghreb, et plus généralement les pays musulmans, une crainte des enlèvements d'enfants.

Plus généralement, la question des déplacements à l'étranger se pose cependant souvent en pratique. Aussi pourrait-on inviter les parents à se poser la question au moment d'élaborer leur accord.

La question des déplacements de l'enfant hors du territoire national mérite sans doute une attention particulière lorsque l'un des parents a des attaches particulières à l'étranger. Il faut en effet préciser que la sortie du territoire national constitue un acte usuel de l'autorité parentale qui ne nécessite pas l'accord exprès des deux parents. En conséquence, si les parents souhaitent qu'une telle sortie soit soumise à l'accord des deux parents, ils doivent le mentionner dans le plan parental. Toutefois cette, clause ne saurait permettre l'inscription de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents sur le fichier des personnes disparues qui ne peut, en vertu de l'article 373-2-6 du Code civil résulter que d'une décision du juge aux affaires familiales.

CHAPITRE 4 : LES RELATIONS DE L'ENFANT AVEC LES TIERS

Grands-parents. - Dans les plans parentaux étudiés pour la présente recherche, les relations avec les grands-parents sont très peu abordées. Seule une mère indique que les parents s'étaient entendus pour que les enfants soient tous les midis de la semaine pris en charge par leur grand-mère paternelle. La seule autre hypothèse où il est fait mention des grands-parents concerne l'indisponibilité des parents : lorsque le parent qui a la garde de l'enfant ne peut pas s'en occuper, il doit d'abord solliciter l'autre parent, ensuite les grands-parents.

Aucune clause ne formalise de tels accords dans les deux conventions écrites communiquées.

L'échantillon canadien propose la clause suivante, qui n'est pas spécifique aux grands-parents :

Les enfants sont avec [inscrire le nom de la personne] de 14 h à 16 h le dernier dimanche de chaque mois. [Inscrire le nom de la personne] prend les enfants chez le parent [inscrire parent A ou parent B, selon le calendrier] et les dépose chez le parent [inscrire parent A ou parent B, selon le calendrier].

Beau-parent. - Les parents interrogés n'ont majoritairement pas envisagé la question du beau parent, ou plus largement du nouveau compagnon ou de la nouvelle compagne de l'un d'entre eux. Aucune clause n'en fait mention dans les deux conventions écrites communiquées.

La question des relations de l'enfant avec un tiers se pose le plus souvent en réalité au moment où l'un des parents refait sa vie. Ainsi l'un des pères explique que chacun a refait sa vie et que la place des nouveaux compagnons s'est faite naturellement.

Dans une autre famille, la mère explique que son concubin est très impliqué dans la vie de l'enfant (en atteste le fait qu'il figure sur la liste des personnes à prévenir en cas d'urgence pour les problèmes de santé dont souffre l'enfant – maladie génétique) mais qu'il reste en retrait : lorsqu'il y a une décision à prendre relativement à l'enfant, il peut donner son avis, mais seuls les parents décident.

Majoritairement, les parents qui ont été confrontés à une situation de recomposition familiale expliquent tous que le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne n'est pas un parent. En conséquence, il ou elle ne doit pas jouer de rôle éducatif envers l'enfant.

Seuls trois couples ont explicitement envisagé la question de la recomposition familiale. Il est à noter que ces trois couples ont eu recours à un processus de médiation familiale pour l'élaboration du plan parental. Par ailleurs, pour deux de ces couples, il apparaît que la question de la place du beau-parent révélait une crainte des pères d'être dépossédés de leurs enfants, de perdre leur place de père. L'un des pères explique notamment qu'il avait besoin de savoir avec qui son enfant allait passer une semaine sur deux. La médiatrice familiale a ainsi organisé une rencontre avec les nouveaux compagnons respectifs de chacun des parents, ce qui a permis d'apaiser la situation. L'accord parental (non formalisé par écrit), dans ces deux cas, prévoit que les nouveaux compagnons respectifs ne doivent pas avoir de rôle éducatif et qu'ils ne doivent être sollicités pour garder les enfants que lorsque les deux parents ne sont pas disponibles et que les grands-parents ne peuvent pas s'en occuper. Un autre entretien révèle la même dynamique, puisqu'il est convenu entre les parents que le père doit se garder des moments seul, sans sa nouvelle compagne, avec les enfants, puisqu'il ne les voit pas tous les jours.

Le fait de ne pas s'être questionné sur le rôle de chacun en cas de recomposition familiale est susceptible de créer du conflit. Tel sera notamment le cas lorsque le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne a également des enfants, les parents voulant alors caler le rythme des résidences

alternées afin d’avoir les enfants en même temps, difficulté qui est soulignée dans trois entretiens. Certains parents indiquent cependant qu’ils n’étaient pas en mesure d’aborder cette question au moment de leur accord, en raison du laps de temps trop court depuis la séparation.

Or, lorsque les parents ont recours à un tiers – processus de médiation familiale, procédure de droit collaboratif – les médiateurs et les avocats amènent généralement les parents à s’interroger sur l’éventualité d’une recomposition familiale ; c’est ce qui ressort des entretiens menés avec ces professionnels. L’intervention d’un tiers semble ici faciliter le dialogue.

On notera – avec une certaine surprise – que l’échantillon canadien ne prévoit pas de clause prévoyant une éventuelle recomposition familiale, et n’aborde pas cette question.

Sans doute est-il difficile de prévoir à l’avance les difficultés qui pourraient se présenter et surtout la façon concrète des les résoudre. Néanmoins, le plan parental pourrait contenir quelques dispositions cadres, qui auraient le mérite de rassurer certains parents et surtout, de leur faire réaliser que l’arrangement auquel ils sont parvenus fera probablement l’objet d’aménagements liés à la vie personnelle de chacun.

Autre tiers. - Le plan parental peut également prévoir une liste de personnes que les parents autorisent à venir récupérer l’enfant à l’école ou à ses diverses activités (membre de la famille, ami, baby-sitter). Les entretiens menés avec les parents n’en font pas mention, hors des cas précités de recours aux grands-parents ou au beau-parent. L’échantillon canadien ne le prévoit que lors du passage de l’enfant d’un parent à l’autre, mais cette clause peut facilement être adaptée.

1. S’il n’est pas possible pour le parent A ou le parent B de prendre les enfants ou de les déposer comme le prévoit le calendrier parental, le parent responsable de prendre ou de déposer les enfants peut autoriser une autre personne, que les enfants connaissent, à le faire.

OU

2. S’il n’est pas possible pour le parent A ou le parent B de prendre les enfants ou de les déposer comme le prévoit le calendrier parental, les personnes suivantes sont autorisées à le faire [inscrire le nom des personnes autorisées].

La question peut être posée de savoir si les parents peuvent s’entendre pour exclure toute relation avec un tiers déterminé. Cela semble heurter notamment le droit de l’enfant à « entretenir des relations personnelles avec ses ascendants » (C. civ., art. 371-4).

CHAPITRE 5 : LES QUESTIONS MATÉRIELLES ET FINANCIÈRES

Lors de la séparation des parents, les questions matérielles et financières sont évidemment loin d'être négligeables. Elles concernent à la fois la contribution de chacun des parents à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, qui est une obligation et doit en principe s'effectuer en fonction de leurs ressources respectives en vertu de l'article 371-2 du Code civil (§1), mais également les questions fiscales et sociales (§2), ou encore le patrimoine de l'enfant (§3).

§ 1. La contribution financière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant

La contribution des parents à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est une obligation légale à laquelle ils ne peuvent se soustraire, sauf s'ils sont dans l'impossibilité matérielle de l'assumer. L'article 373-2-2 du Code civil prévoit que lorsque les parents sont séparés cette contribution prend la forme d'une pension alimentaire mais qu'elle peut aussi prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant.

Clause systématique. - Tous les modèles même les plus succincts proposent une clause relative à la contribution financière de la prise en charge de l'enfant par les parents. La plupart d'entre eux envisagent cette contribution sous forme de pension alimentaire dont ils fixent le montant (annexes n°19 à 24) ; certains modèles évoquent la possibilité d'une contribution à l'entretien de l'enfant en nature par le biais de la prise en charge directe de certaines dépenses, qui remplace la pension alimentaire ou s'y ajoute (annexes n°19 et 23).

A. Le versement d'une pension alimentaire

Le versement d'une pension alimentaire s'avère fortement lié au choix de la résidence de l'enfant, tant dans les modèles proposés aux parents que dans les plans parentaux étudiés.

Internet. - Le site Document juridique⁵⁹ distingue selon que la résidence des enfants est fixée en alternance ou chez l'un ou l'autre parent, laissant entendre qu'il n'y aurait pas lieu à pension alimentaire en cas de résidence alternée, ce qui est inexact car, en cas de disparité de revenus importantes, on peut tout à fait envisager que l'un des parents verse à l'autre une pension alimentaire malgré la résidence alternée ; il peut également en être ainsi si l'un des parents a conservé le domicile familiale à titre gratuit.

Site Document-juridique.com

La résidence de l'enfant est alternée chez ses parents, chacun d'eux prend en charge les dépenses engagées pendant sa période d'hébergement. Il faudra cependant indiquer lequel des parents se chargera de souscrire les différentes assurances relatives à l'enfant (assurance scolaire, responsabilité civile etc.) et qui de l'un ou de l'autre ou les deux touchera les prestations familiales, le cas échéant.

Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, l'autre parent doit une pension alimentaire. Cette pension peut prendre plusieurs formes :

- * Le versement d'une somme d'argent. Il faudra indiquer son montant dans le formulaire.
- * La prise en charge des dépenses liées à l'enfant. Il faudra indiquer à quelle hauteur (en

⁵⁹ Site : <http://www.document-juridique.com/modele/convention-parentale>

pourcentage) le parent s'engage à les prendre en charge.

L'abandon d'un droit d'habitation, c'est-à-dire que le parent est propriétaire d'un logement qu'il laisse à la disposition de l'autre parent pour qu'il y habite avec l'enfant.

La clause du site Documentissime est critiquable pour les mêmes raisons.

Article 3. Sur la contribution financière à l'entretien et l'éducation des enfants

La résidence des enfants mineurs a été fixée en alternance au domicile de X et Y.

Ainsi, compte tenu de la résidence alternée, les parents conviennent d'une part, qu'il n'y a pas lieu à contribution financière et, d'autre part, sauf meilleur accord entre eux, que chacun prendra en charge pour moitié des frais scolaires et extrascolaires exposés au profit des enfants mineurs.

De même, chacun des parents supportera les dépenses courantes engagées durant sa période d'hébergement des enfants mineurs.

OU

Le parent n'ayant pas l'enfant en résidence principale, c'est à dire: le père / la mère (précisez) contribuera à l'entretien de l'enfant en versant à l'autre parent une somme de _____ euros soit :

- _____ € par enfant, ou - _____ € pour (nom de l'enfant) : -
_____ € pour (nom de l'enfant) :

Autres précisions : _____

Cette dernière clause a le mérite de suggérer que le montant de la contribution peut varier d'un enfant à l'autre, ce qui est conforme à la loi, puisque la contribution doit être fonction des besoins de l'enfant.

Le site de Michel Huyette semble également indiquer aux parents qu'une résidence alternée exclut forcément le versement d'une pension alimentaire :

Les parties déclarent que leurs revenus s'établissent comme suit:

le père:

la mère:

- salaire mensuel net: _____ - salaire mensuel net: _____

- prestations sociales / mois: _____ - prestations sociales / mois: _____

- revenus fonciers, autres: _____ - revenus fonciers, autres: _____

Et qu'elles supportent des charges de :

- logement de : _____ - logement de : _____

Les parties conviennent qu'il n'y a pas lieu à contribution financière compte tenu de l'existence d'une résidence alternée entre les parents.

En revanche, le site <http://jafland.info/>, dont l'un des parents de l'enquête s'est inspiré, précise bien qu'une pension alimentaire n'est pas forcément exclue en cas de résidence alternée :

III) SUR LA CONTRIBUTION FINANCIÈRE A L'ENTRETIEN ET L'EDUCATION DE L'ENFANT

1) Les parties déclarent que leurs revenus s'établissent comme suit :

le père :

la mère :

- salaire mensuel net: _____ - salaire mensuel net: _____
- prestations sociales / mois: _____ - prestations sociales / mois: _____
- revenus fonciers, autres: _____ - revenus fonciers, autres: _____

Et qu'elles supportent des charges de :

- logement de : _____ - logement de : _____
- autres _____ - autres _____

2) En cas de résidence alternée, les parents conviennent qu'il n'y a pas lieu à contribution financière compte tenu de ce que chacun d'eux prendra en charge l'entretien de l'enfant lorsqu'il résidera chez lui

Précisions :

a) Frais pris en charge en ce cas (ex: cantine, loisirs...) et prestations familiales:

- le père prendra en charge: _____
- la mère prendra en charge: _____
- Les prestations familiales seront: touchées par la mère/ le père / divisées par moitié et reversées à chacun (rayer la mention inutile)

b) la résidence alternée n'exclut pas le versement d'une contribution par un parent à l'autre, en cas de disparité de revenus importante entre les parents:

en ce cas, le père / la mère (rayer la mention inutile) participera à l'entretien de l'enfant en versant à l'autre parent une somme de : ---- €

3) En cas de résidence chez un des parents :

a) Contribution sous forme d'une somme d'argent :

le parent n'ayant pas l'enfant en résidence principale, c'est à dire: le père / la mère (rayer la mention inutile) contribuera à l'entretien de l'enfant en versant à l'autre parent une somme de : _____ € soit :

- _____ € par enfant, ou
- _____ € pour (nom de l'enfant) :
- _____ € pour (nom de l'enfant) :

Autres précisions : _____

b) Contribution assumée par prise en charge directe des frais de l'enfant, et non sous forme d'une somme d'argent :

les parents conviennent qu'ils assumeront la contribution alimentaire non sous forme d'argent, mais par prise en charge directe des frais de vie de l'enfant, comme le prévoit l'article 211 du Code civil : "Le juge aux affaires familiales prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire."

4) Cas où les parents constatent qu'il n'y a pas lieu à pension alimentaire:

dans la mesure où le parent qui en serait redevable est dans l'impossibilité financière d'en verser une, du fait de sa situation personnelle, professionnelle et financière, les parents conviennent qu'aucune contribution alimentaire en argent ne sera versée, chacun des parents assumant la charge de l'enfant lorsqu'il le recevra en sa demeure, comme le permet l'article 210 du Code civil.

Pension alimentaire prévue par le plan. - Huit plans parentaux prévoyaient au départ une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, soit 40% des accords parentaux. Le nombre de pensions alimentaires fixées par les plans parentaux étudiés est relativement faible par rapport aux statistiques de la justice. En effet, le juge fixe dans 68% des cas (procédures divorce et hors divorce) une pension alimentaire. Cette proportion se trouve cependant réduite à 23% lorsque le juge a en même temps fixé la résidence de manière alternée au domicile de chacun des parents⁶⁰. Toutefois, la faible proportion relevée dans l'étude de terrain peut s'expliquer par la forte part de résidence alternée (sept couples au départ et neuf au moment du témoignage). Sur les huit accords parentaux prévoyant une pension alimentaire, un accord fixe la résidence de manière alternée au domicile de chacun des parents et sept accords fixent la résidence de l'enfant au domicile de la mère. Très clairement, la pratique du versement d'une pension alimentaire est très rare dans l'hypothèse d'une résidence alternée. Dans tous les cas c'est le père qui verse une pension alimentaire.

Absence de pension alimentaire. - Douze accords parentaux ne prévoient pas de pension alimentaire.

Pour trois d'entre eux le silence de l'accord parental sur ce point se justifie par le fait qu'une pension alimentaire a été fixée par une décision de justice antérieure, qui est toujours appliquée. L'accord parental qui a complété ou aménagé la décision de justice n'a pas porté sur la pension alimentaire.

Pour un des accords, l'absence de pension alimentaire s'explique, selon la mère, par le jeune âge de l'enfant qui ne justifie pas, selon elle, qu'elle demande une participation du père aux frais engendrés par son entretien.

Pour huit accords, c'est-à-dire une grande majorité (66%), l'absence de pension alimentaire est motivée par le choix d'une résidence alternée, étant précisé que pour deux de ces cas, la résidence alternée est intervenue après l'accord initial qui fixait au départ la résidence chez le père, qui avait des revenus supérieurs à la mère. Ces différents accords étaient sous forme orale donc on ne peut pas parler de clause exclusive de pension alimentaire.

On trouve également une clause de ce type dans un des accords communiqués par une médiatrice :

(nous nous sommes mis d'accord sur :) Le non paiement de l'un envers l'autre d'une contribution financière pour l'enfant, compte tenu de nos revenus équivalents et du partage du temps passé par l'enfant chez l'un et l'autre. Nous avons évalué le budget de nos deux enfants à ce jour à 400,00€ par mois. Il se répartit entre nous par moitié, de fait.

L'absence de pension alimentaire, y compris lorsqu'une résidence alternée est mise en place, est parfois compensée par la prise en charge directe de certains frais ou encore par la répartition du bénéfice des allocations familiales.

L'absence de pension alimentaire peut également être motivée par l'impécuniosité d'un des parents. Ainsi, on relèvera dans un modèle une clause⁶¹ exonérant le parent de son obligation de contribution :

⁶⁰ Z. BELMOKHTAR, *Une pension alimentaire fixée par les juges pour deux tiers des enfants de parents séparés*, Infostat Justice, n°128, mai 2014

⁶¹ <http://www.huyette.net/article-25929864.html>

Les parties constatent qu'il n'y a pas lieu à pension alimentaire, dans la mesure où le parent qui en serait redevable est dans l'impossibilité financière d'en verser une, du fait de sa situation personnelle, professionnelle et financière.

Cette clause aurait pu cependant être utilement complétée par un rappel de l'obligation de contribution dès que la situation du parent débiteur le lui permettra.

Évolution de la pension alimentaire dans le temps. - Sur les huit accords parentaux qui prévoyaient une pension alimentaire au départ, seuls quatre sont encore appliqués s'agissant de la pension alimentaire, en sachant que dans le cadre de l'un d'eux, la mère explique que la pension alimentaire n'est pas versée de manière régulière par le père.

Pour les quatre accords dont la pension alimentaire n'est plus exécutée, l'un d'eux a été modifié et remplacé par une décision de justice. Le plan parental prévoyait une pension alimentaire de 700€. Le plan venait à ce titre modifier une décision de justice datant de 2011 qui avait fixé la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants à 800 €. Les parents avaient transigé à l'amiable : la mère renonçait à 100€ de pension alimentaire et le père renonçait à un jour de droit de visite et d'hébergement (le mardi soir). A la suite de désaccords, les parents ont de nouveau saisi le juge aux affaires familiales. La décision de justice désormais appliquée a fixé la pension alimentaire à 1000€, versée par le père à la mère. Pour un autre des accords, le père versait initialement 300€ de pension alimentaire à la mère au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation de ses deux enfants mineurs. Il s'est cependant aperçu que cette somme d'argent n'était pas utilisée au profit de ses enfants. Désormais il achète directement certains biens pour les enfants (vêtements, fournitures scolaires, vélo, etc.).

Pour le troisième accord, le père indique avoir versé 1800€ au total à la mère de l'enfant sur l'année 2013. La pension alimentaire a par la suite été supprimée dans la mesure où en 2014 une résidence alternée a été mise en place.

Pour le quatrième accord, le plan parental prévoyait une pension alimentaire de 1200 francs à la charge du père, révisable en fonction des besoins de l'enfant (âge / études, etc.). Le plan parental n'est plus appliqué, car les enfants sont devenus majeurs.

Forme de la clause. - Les quatre plans qui prévoyaient une pension alimentaire et qui demeurent appliqués revêtaient une forme écrite. Pour l'un d'eux, la convention transmise (refus de publication) contient des dispositions relativement précises en ce qui concerne la pension alimentaire. En effet, les parents se sont accordés pour que le père verse une contribution à l'entretien et à l'éducation de leur enfant mineur alors que l'enfant réside de manière alternée au domicile de chacun de ses parents.

Objet de la clause. - Le plus souvent, l'accord vise simplement à fixer un montant et à indiquer son caractère révisable.

Par exemple, pour un couple qui a fixé la résidence de l'enfant chez la mère :

« Le père verse à la mère une pension alimentaire de 380 euros par mois, payable au 1^{er} de chaque mois, au titre de son obligation de contribution à l'entretien des enfants. Le montant de la pension est révisable en fonction des besoins des enfants et des ressources des parents ».

Cependant, l'un des plans parentaux est beaucoup plus disert sur le sujet :

- la convention prévoit que le montant ne pourra pas évoluer, notamment en fonction de l'âge de l'enfant. En revanche, il pourra être rediscuté, voire supprimé en cas de survenance d'événements particuliers : perte d'emploi ou importantes difficultés financières du père ; réduction de l'écart des revenus en dessous de 25%.
- d'autres dispositions prévoient une prise en charge par moitié des frais liés à l'enfant (scolarité/études, activités extrascolaires, assurance, transport, vêtements, etc.)
- enfin, la convention prévoit que les dépenses exceptionnelles doivent être décidées conjointement et sont prises en charge au prorata des revenus de chacun.

La clause portant sur la fixité du montant semble d'une part *contra legem*, car contraire au caractère indisponible des droits de l'enfant ; et d'autre part inégalitaire en faveur du parent débiteur : aucune augmentation n'est envisageable, mais la diminution, si...

Montant de la pension alimentaire. - Pour la fixation du montant de la contribution à l'entretien, les parents disposent d'un outil élaboré par le Ministère de la Justice : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires⁶². La méthode mise en œuvre est celle du « coût de l'enfant », après prise en considération des besoins vitaux du débiteur. Le coût de l'enfant est calculé par rapport à un pourcentage des revenus. Ce qui donne la formule suivante : (revenu du parent débiteur – minimum vital, actuellement 514 euros c'est-à-dire à peu près le montant du RSA) x le pourcentage correspondant au coût relatif de l'enfant.

Ce pourcentage est ensuite fonction de deux critères : le nombre total d'enfants à la charge du débiteur et l'amplitude du droit de visite et d'hébergement (réduit, classique, ou résidence alternée). Cependant, certaines critiques ont pu être émises à l'encontre de ladite table de références. Certains éléments ne sont pas pris en compte dans le calcul, alors même que la loi le prescrit. Pour mémoire, l'article 371-2 du code civil prévoit que le montant doit être fonction des ressources respectives du débiteur et du créancier, et des besoins de l'enfant. La Cour de cassation a de plus indiqué dans un arrêt du 22 mars 2005 (n°03-13135), que le juge a l'obligation de prendre en considération les besoins des enfants, eu égard à leur âge et à leurs habitudes de vie. Or, la table de références ne prend pas en compte les ressources du parent créancier, ni certains éléments faisant varier les besoins de l'enfant (âge, zone géographique de résidence, charges découlant du mode de garde ou de scolarisation...) et encore moins le train de vie. Il semble donc important d'attirer l'attention des parents sur le caractère seulement indicatif de cet outil.

Éléments indiqués dans le plan. – De nombreux accords communiqués par les professionnels (mais pas tous – annexes 2 à 16) détaillent beaucoup le passage relatif à la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation. On trouve ainsi des éléments qui visent probablement à rappeler que la contribution doit être fixée en fonction des ressources respectives du débiteur et du créancier, et des besoins de l'enfant :

- la situation socio-professionnelle des parents : profession exercée, revenus déclarés.
- la mention « compte tenu des charges incombant à chaque parent », ou un exposé desdites charges (nombre d'enfants à charge, crédits en cours, frais de logement...).

Il peut être intéressant, dans l'optique d'une révision ultérieure, toujours susceptible de survenir, d'indiquer dans le plan les éléments pris en compte pour le calcul de cette

⁶² http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/art_pix/table_reference_pa.pdf

contribution. On peut donc conseiller d’y inclure les éléments chiffrés qui ont conduit à cette fixation initiale ; en effet, en cas de demande ultérieure de révision, on disposera ainsi de termes de comparaison⁶³. On indiquera ainsi la situation respective de chaque parent au moment de cette fixation initiale (revenus et charges) mais aussi le budget des coûts liés à l’enfant.

La contribution à l’entretien dans le temps. – La pension alimentaire est un élément – sans doute le seul – pour lequel les parents prévoient souvent l’avenir.

On trouve dans de nombreux accords et modèles une clause d’indexation, dans certains cas assortie de la formule de calcul.

Cette pension sera indexée sur l’indice national de l’ensemble des prix à la consommation, série France entière, hors tabac, publié par l’INSEE avec révision le 1^{er} janvier de chaque année, selon la formule suivante :

- Pension revalorisée = montant initial x nouvel indice

Indice de base

Etant précisé que l’indice de base est celui connu le jour de la décision et le nouvel indice est le dernier publié à la date de revalorisation. (site : www.insee.fr ou www.servicepublic.fr)

Certains accords contiennent également une clause précisant que la contribution restera due au-delà de la majorité de l’enfant, conformément à ce que prévoit l’article 371-2 du Code civil

Cette pension sera versée pour l’ enfant même devenu majeur tant qu’il restera à la charge du parent chez lequel il réside, si l’enfant ne peut subvenir lui-même à ses besoins et poursuit des études sérieuses, étant précisé que le parent qui en assume la charge devra justifier régulièrement et au moins une fois par an, de la situation de l’enfant auprès de l’autre parent.

Ces deux clauses semblent en effet tout à la fois pertinentes et conformes à la loi.

⁶³ Le Québec a mis en place un service administration de rajustement des pensions alimentaires pour enfants (SARPA), qui permet de faire opérer les modifications de façon plus simple et moins coûteuse qu’une nouvelle procédure judiciaire. <http://www.sarpacebec.ca>.

B. La prise en charge de certaines dépenses

En plus du versement d'une pension alimentaire ou hors ce versement, certains couples interrogés ont prévu un régime pour les dépenses courantes. Hormis pour l'un des couples dont la pension alimentaire versée par le père alors que l'enfant réside chez la mère, a été transformée en prise en charge directe de certains frais, il apparaît que tous les parents qui ont envisagé la prise en charge de certaines dépenses sont en résidence alternée.

Dépenses courantes. - Six accords parentaux prévoient un régime pour les dépenses courantes, ou les dépenses en général.

Pour quatre parents, les dépenses courantes sont prises en charge à 50% par chacun des parents. Parmi eux, une mère explique qu'elle paye la plupart des frais, les factures arrivant à son domicile et qu'ensuite le père la rembourse (mais qu'il est très souvent en retard pour le remboursement). Ces quatre couples sont en résidence alternée (il s'agit pour l'un d'entre eux d'une résidence alternée qui a été en fait modifiée par rapport au plan parental qui prévoyait une résidence chez le père).

Un père en résidence alternée explique que les dépenses courantes – tout ce qui est régulier (carte de transport, dépassement d'orthoptie, etc.) – sont à sa charge exclusive.

Pour un couple, le père a expliqué préférer acheter directement des fournitures scolaires, des vêtements, un vélo, etc. plutôt que de verser une pension à la mère, afin de s'assurer que finalement cela profite bien à son enfant. Dans cette hypothèse l'enfant réside chez la mère.

Plusieurs couples ont prévu une répartition détaillée de certains frais, qui peut être variable en fonction de la nature de ces frais. Pour illustration, l'un des couples a prévu la répartition suivante :

- frais de scolarité : prise en charge exclusive par le père
- activités extrascolaires : partage égalitaire
- frais vestimentaires : à titre principal par le père

Dépenses exceptionnelles. - Trois parents ont expliqué avoir prévu le régime des dépenses exceptionnelles / importantes. Pour une mère, dont l'enfant fait l'objet d'une résidence alternée, il est prévu conventionnellement (par écrit) que les dépenses exceptionnelles relevant de l'autorité parentale (soins d'orthodontie, inscription dans une école privée, etc.) seront décidées conjointement et financées au prorata des revenus de chacun. Une autre mère, dont l'enfant fait également l'objet d'une résidence alternée, explique que les parents mutualisent les achats importants, y compris vestimentaires. Dans la même situation, un père explique que les dépenses importantes sont prises en charge à 50% par chacun des parents, et qu'il prend en charge de manière exclusive toutes les dépenses régulières.

Frais de scolarité. - Cinq parents, au sein de quatre couples en résidence alternée, envisagent explicitement la question de la prise en charge des frais de scolarité des enfants. Pour aucun de ces quatre couples, les dépenses ne sont prises en charge de manière exclusive par la mère. En effet, pour deux couples, les frais de scolarité sont pris en charge de manière exclusive par le père. Pour les deux autres couples, les frais de scolarité sont pris en charge à 50% par chacun des parents.

Activités extrascolaires. - Trois parents, au sein de deux couples en résidence alternée, ont explicitement prévu la prise en charge financière des activités extrascolaires. Tous prévoient une prise en charge financière à 50% par chacun des parents. Il est cependant à noter que pour l'un d'entre eux, originellement les parents s'étaient entendus pour que les activités extrascolaires soient prises en charge de manière exclusive par le père, avant de décider finalement d'un partage égalitaire.

Frais vestimentaires. - Trois parents au sein de deux couples en résidence alternée ont prévu explicitement la question de l'habillement des enfants. Alors que pour un couple, l'habillement relève principalement de la charge du père, pour l'autre, les parents ont prévu une prise en charge égalitaire.

On constate que la prévision des dépenses concernant l'enfant est fréquente dans les accords parentaux et qu'elle est parfois très détaillée. Par ailleurs, la répartition égalitaire des frais est la plus fréquente, ce qui est logique, car les clauses relatives aux dépenses sont le plus souvent prévues dans des clauses prévoyant la résidence alternée. Lorsqu'il y a une prise en charge plus importante par l'un des parents, il s'agit toujours du père dont les revenus sont plus élevés.

Dans le même sens, l'un des modèles prévoit :

Chaque parent est responsable de l'entretien des enfants lorsqu'il(s) réside(nt) chez lui.

Frais pris en charge par (ex: cantine, loisirs...):

- le père : _____

- la mère : _____

Dans l'une des conventions transmises par une médiatrice, une précision est apportée pour les frais médicaux :

En ce qui concerne les frais de santé de X, ils sont pris en charge par Madame Y qui bénéficie d'une mutuelle. Cependant Monsieur Z et Madame Y s'engagent à prendre en charge chacun la moitié des frais médicaux non remboursés par la sécurité sociale et la mutuelle.

La pratique de la prise en charge directe de certaines dépenses est pleinement conforme à l'article 373-2-2 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que la contribution à l'entretien « *peut en tout ou partie prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant* ». Le parent se sent ainsi davantage investi dans sa parentalité. Et l'enfant perçoit davantage que le parent avec lequel il ne réside pas s'occupe effectivement de lui. Il ne s'agit plus alors d'être dans la demande (« je veux telle ou telle somme d'argent »), mais dans une répartition concrète et effective des frais liés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, qui responsabilise probablement davantage le parent. Certains parents soulignent cependant la difficulté à se faire rembourser rapidement par l'autre les frais qu'ils ont avancés...

§ 2. Le rattachement administratif de l'enfant

A. Le domicile de l'enfant

Un certain nombre de difficultés rencontrées par les parents séparés, particulièrement lorsque l'enfant est en résidence alternée, pourraient sans doute être aplanies si le législateur admettait la double domiciliation de l'enfant dans l'hypothèse de la résidence alternée – voire dans toutes les situations de séparation. Pour mémoire, cette évolution figurait dans la proposition de loi « Famille : autorité parentale et intérêt de l'enfant »⁶⁴, adoptée à l'Assemblée nationale⁶⁵, puis transmise au

⁶⁴ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1856.asp>

⁶⁵ http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/autorite_parentale_interet_enfant.asp

Sénat, sans aucune suite depuis. La proposition de loi prévoyait que l'article 373-2-9 du code civil, serait ainsi rédigé : « *En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant est fixée au domicile de chacun des parents selon les modalités déterminées d'un commun accord entre les parents ou à défaut par le juge. À titre exceptionnel, le juge peut fixer la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents. Dans ce cas, il statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Si les circonstances l'exigent, ce droit de visite peut être exercé dans un espace de rencontre qu'il désigne* ». Cette question n'a pourtant pas été évoquée dans les différents entretiens.

B. Les prestations familiales

Seuls quatre couples ayant participé à l'étude de terrain ont expressément désigné le parent bénéficiaire des prestations familiales. Les allocations familiales sont alors majoritairement laissées à la mère (trois couples concernés et pour l'un d'eux le parent n'a pas précisé qui des deux parents bénéficiait des allocations familiales). Il est à noter que ces quatre couples ont opté pour la résidence alternée. Cela revient à dire que parmi les couples de l'étude qui ont opté pour ce mode d'hébergement de l'enfant, cinq (si on compte le nombre de résidence alternée au moment des témoignages), n'ont pas désigné de bénéficiaire (sachant que l'un d'entre eux ne bénéficie pas de ces prestations). On ignore lequel des parents bénéficie des prestations familiales le cas échéant.

La question du bénéfice des prestations familiales est également prévue dans certains accords communiqués par les médiateurs. La clause est très simple à rédiger :

M. X et Mme Y précisent que les allocations familiales sont partagées par moitié entre eux.

On signalera une clause plus compliquée (et dont il faudrait vérifier la validité au regard des prestations versées par la CAF) :

Nous informons la Caisse d'Allocations Familiales de notre décision de résidence alternée afin que les allocations familiales nous soient versées pour chacun par moitié et nous sommes d'accord pour qu'elles reviennent à A. dans la totalité. C. reversera chaque mois sa part à A. Nous pourrions ainsi faire notre demande d'APL en comptant chacun un enfant à charge.

Il faut préciser qu'un enfant est considéré comme « à charge » et ouvrant droit aux prestations, pour le parent chez lequel il réside. En cas de résidence alternée, la règle supplétive est la suivante : chaque parent perçoit la moitié des allocations familiales ; les autres prestations sont maintenues au parent qui les recevait avant la séparation (qui avait donc été désigné comme allocataire). Les parents peuvent décider d'un commun accord que l'un d'eux percevra toutes les prestations ; il leur est impossible cependant de décider de partager toutes les prestations : seules les allocations familiales peuvent faire l'objet d'une répartition⁶⁶.

⁶⁶ <http://www.caf.fr/aides-et-services/s-informer-sur-les-aides/les-enfants-en-residence-alternee>

Les sommes concernées peuvent être importantes, il serait donc pertinent d'amener les parents à se poser systématiquement la question du bénéficiaire des allocations familiales.

C. Le rattachement fiscal

Il ressort d'un des entretiens avec les parents que la situation de résidence alternée n'est pas toujours bien appréhendée par les services fiscaux. Ainsi, dans la déclaration pré-remplie, la résidence de l'enfant était fixée à titre principal chez le père alors qu'un système de résidence alternée avait été mis en place. Le centre des impôts exigeait que la mère fournisse un jugement pour changer la répartition (à force d'explications, une attestation conjointe sur l'honneur a été suffisante). Les autres couples en résidence alternée n'ont pas évoqué de difficultés sur ce point, on peut donc supposer que la charge de l'enfant a été partagée entre eux sans difficulté. Une mère a d'ailleurs précisé que pour ce qui est des impôts, leur fils est déclaré en résidence alternée et que les parents bénéficient chacun de 0,25 part.

Pourtant, l'article 194 du Code général des impôts dispose que : « en cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents et sauf disposition contraire dans la convention homologuée par la juge, la décision judiciaire ou, le cas échéant, l'accord entre les parents, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et de l'autre parent. Cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un d'entre eux assume la charge principale des enfants ». La Cour de cassation est d'ailleurs récemment venue réaffirmer ce principe dans un arrêt rendu le 9 septembre 2015⁶⁷.

L'une des conventions transmises par une médiatrice illustre cette règle fiscale :

Chacun continue à prendre la part fiscale d'un enfant sur sa déclaration d'impôt.

§ 3. Le patrimoine de l'enfant

Au cours des entretiens menés avec les parents, il est ressorti que les éléments tenant au patrimoine de l'enfant n'ont jamais été abordés. Même si cette question reste marginale car elle suppose que l'enfant dispose d'un patrimoine indépendant, l'articulation entre les parents, quant aux questions d'administration légale (C. civ., art. 382 s.) ne doit pas être oubliée notamment en raison de la multiplication des dispositions à titre gratuit trans-générationnelles.

Administration légale. - Comme pour les décisions d'éducation, il faut faire une distinction entre les actes usuels et les décisions importantes, les parents ne pouvant pas renoncer à prendre ces dernières. Le droit positif n'est cependant pas précis quant à la classification des actes relatifs au patrimoine du mineur, à la différence de ce qui est prévu pour le majeur sous régime de protection⁶⁸. De façon prospective, on peut supposer que les parents doivent prendre ensemble toutes les décisions susceptibles d'affecter le patrimoine de l'enfant dans sa consistance ou son contenu (retirer de l'argent d'un compte, vendre un bien, changer de placement, etc.). Il serait cependant imaginable que chaque parent autorise l'autre à gérer seul un bien que ce dernier aurait lui-même transmis à l'enfant ; par exemple, la mère gèrerait le livret d'épargne qu'elle alimente elle-même. De même, les parents pourraient s'autoriser mutuellement à ouvrir de nouveaux

⁶⁷ Cass. civ. 1re, 9 sept. 2015, n°14-23.687.

⁶⁸ Et qui, d'ailleurs, ne se révèle pas toujours aussi clair qu'on pourrait le souhaiter...

comptes ou placements. S'agissant des biens transmis par les grands-parents, on notera que le droit positif permet au donataire ou testateur d'exclure l'administration légale de ces biens par un des parents (article 389-3, alinéa 3, du Code civil).

Jouissance légale. - Il faut également évoquer la jouissance légale, attachée à l'administration légale (art. 383 et s. cc). Lorsque le patrimoine du mineur est productif de revenus, il faut rappeler que les parents peuvent les recueillir, comme le ferait un usufruitier (jusqu'aux 16 ans de l'enfant). Même si, en pratique, les parents n'en usent généralement pas, il peut être pertinent de prévoir cette éventualité dans le plan parental. Les parents peuvent notamment prévoir de renoncer tous deux à ce droit de jouissance légale⁶⁹.

⁶⁹ Dans ce sens, I. Carbonnier, J.-Cl. *Autorité parentale – Attribut de l'autorité parentale relatif au patrimoine de l'enfant : la jouissance légale*, Fasc. 50, n°151 et s.

TROISIEME PARTIE :

LA MISE EN ŒUVRE DU PLAN PARENTAL

La mise en œuvre du plan parental est une question essentielle pour mesurer son opportunité. Cette question recouvre celle des effets du plan parental entre les parents (Chapitre 1), celle des effets du plan à l'égard des tiers (Chapitre 2) mais également la question de la modification du plan parental (Chapitre 3) et l'intervention du juge lorsqu'existe un plan parental (Chapitre 4).

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DU PLAN PARENTAL ENTRE LES PARENTS

Les effets du plan parental extra-judiciaire entre les parents posent la question de la force obligatoire de la convention entre les parties qui l'ont conclue. Du fait de l'objet même de cette convention, le droit n'accorde pas de force obligatoire à ces plans parentaux (§1), ce dont il apparaît que les parents concernés sont généralement informés (§2), et qui a des conséquences lorsque surviennent des difficultés d'exécution du plan parental (§3).

§ 1. L'absence d'effet obligatoire des plans parentaux extra-judiciaires

Valeur limitée des pactes nus. - La question se pose de la force obligatoire des conventions entre parents relatives à la prise en charge de l'enfant. Comme l'affirment Adeline Gouttenoire et Laure Jacobs⁷⁰, « *en droit positif belge comme français, ces conventions n'ont pas de valeur obligatoire, et donc ne sont susceptibles d'exécution forcée, que si elles ont été homologuées par le juge. En l'absence d'une telle homologation elles peuvent être prises en compte par le juge au titre des accords passés entre les parents ou au titre d'une pratique antérieure. L'article 376-1 du Code civil français précise à ce titre que le juge peut « avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux* ».

Disponibilité des droits relatifs à l'autorité parentale. - La force obligatoire des conventions relatives à l'autorité parentale dépend en réalité de la disponibilité des droits sur lesquels elles portent, c'est-à-dire de la possibilité qu'ont les parties de disposer de ces droits sans recourir à une autorité judiciaire. Or, l'article 376 du Code civil dispose qu'aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement. Ainsi en droit français, les conventions portant sur l'autorité parentale sont valables à condition que leur objet soit limité, en ce qu'il porte sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et non sur sa titularité ou le principe même de son exercice. Si la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale atteste d'un recul de l'ordre public en la matière, elle ne consacre pas pour autant la libre disponibilité de l'autorité parentale à l'exercice duquel les parents ne peuvent toujours pas renoncer (C. civ., art. 376). Il résulte ainsi des règles de droit applicables aux plans parentaux extra-judiciaires qu'ils n'ont pas d'effet obligatoire. Si l'un des parents décide de ne pas respecter l'accord passé avec l'autre, ce dernier ne pourra pas l'y contraindre. Cette absence de portée obligatoire des plans parentaux extra-judiciaires se retrouve dans les différents pays qui, tout en favorisant ces plans, ne les consacrent pas formellement. Ainsi, au Québec, l'entente n'a de force exécutoire que si elle est homologuée, le passage par un médiateur n'ayant aucune incidence sur son caractère obligatoire.

Prise en compte des plans parentaux par le juge. – Toutefois, la plupart des systèmes juridiques enjoignent au juge de tenir compte des accords parentaux pour prendre sa décision fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi en droit français, « *la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* » sont en tête de la liste des critères que le juge doit prendre en considération lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en vertu de l'article 373-2-11 du Code civil. La formule du texte laisse entendre que les accords parentaux auront d'autant plus de poids auprès du juge qu'ils auront été mis en œuvre avec un résultat satisfaisant pour l'enfant. Au Québec également, l'entente non homologuée est un facteur (parmi d'autres), pris en compte par le juge saisi d'une demande portant sur l'autorité parentale et notamment la garde.

⁷⁰ Les conventions portant sur la prise en charge de l'enfant, in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, Bruylant, vol. 2 *La « conventionnalisation » des couples*, à paraître 2016.

***Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée
dans la loi relative à l'autorité parentale***

Petites affiches, 13 août 2004 n°162, p. 3

M. Mestrot

Animé par le souci de responsabiliser les parents, le législateur de 2002 aurait pu renforcer la validité des pactes nus, entendus comme des accords, purement consensuels, non revêtus d'un contrôle judiciaire. Cette volonté de responsabilisation aurait pu s'exprimer à travers un recul du contrôle judiciaire. Mais malgré les apparences trompeuses de contractualisation, l'autorité parentale reste, peut-être plus que jamais, une matière d'ordre public subordonnée au contrôle judiciaire. Fonction d'ordre public finalisée dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale échappe toujours à l'emprise des volontés individuelles, avec, à terme, peut-être le risque d'infantiliser davantage les parents. La loi nouvelle laisse cependant, a priori, survivre la validité d'accords parentaux qui n'auraient pas subi le filtre d'une homologation judiciaire. Pour preuve, le législateur se contente de proposer aux parents de faire homologuer leur accord. En effet, « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (article 373-2-7, alinéa 1 du Code civil). C'est donc affirmer leur liberté de ne pas procéder à la demande d'homologation. Mais quid de la force obligatoire de ces pactes nus ? En cas de désaccord des parents sur l'exécution de l'accord initialement prévu, en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, le recours au juge constituera la seule issue possible pour régler le conflit suscité par l'exercice de l'autorité parentale. Le juge saisi pour régler le conflit parental dispose sans doute d'un éventail élargi de solutions. Ainsi, il pourra continuer à « avoir égard aux pactes que les pères et mères ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement » (article 376-1 du Code civil non modifié). Mais il pourra également inciter les parents à se mettre d'accord par le biais de sa fonction de conciliateur ou par le recours à la médiation et ayant contrôlé la préservation de l'intérêt de l'enfant, inviter les parents à faire homologuer leur nouvelle convention.

Avec la nouvelle loi, les accords parentaux pour obtenir une véritable force obligatoire doivent donc, en principe, être homologués par le juge aux affaires familiales (article 373-2-7 du Code civil) mais, contrairement à la convention définitive en matière de divorce, ils pourront toujours être modifiés si l'intérêt de l'enfant le commande (article 373-2-13 du Code civil). Mais ici encore, la modification suppose une intervention judiciaire, même en cas d'accord des parents, à moins que ces derniers n'aient pris le soin d'insérer dans la convention initiale homologuée une clause de révision.

L'articulation des conventions homologuées « parentales » avec les dispositions relatives au divorce sur requête conjointe semble a priori résolue par la nouvelle loi. Les époux qui divorcent sur requête conjointe règlent les questions relatives à l'autorité parentale dans le cadre de la convention définitive homologuée par le juge (article 232 du Code civil) qui peut d'ailleurs refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants. L'article 292 du Code civil limitait, on le sait, en vertu de la nature particulière de la convention définitive homologuée, les possibilités de révision des dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale en les subordonnant à l'exigence de motifs graves. La loi du 4 mars 2002 a, fort heureusement supprimé cette condition, décidant en particulier dans l'article 373-2-13 du Code civil que

« Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non ». On notera néanmoins que ce dernier article ne fait pas directement référence à la convention définitive homologuée dans le cadre du divorce sur requête conjointe. Cependant, son application à cette hypothèse ne laisse aucun doute. En effet, le législateur a entendu imposer un droit commun de l'autorité parentale, indépendamment du statut conjugal des parents et des modes de séparation des couples. Ainsi, l'article 286 du Code civil indique précisément que les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées par les dispositions contenues au chapitre 1^{er} du titre IX consacré à l'autorité parentale tandis que l'article 256 rajoute que « Les conséquences de la séparation sont réglées par les mêmes dispositions ». Cette volonté affirmée de construire un droit commun de l'autorité parentale détaché des situations conjugales des parents transparait d'ailleurs dans le projet de réforme du divorce, en cours de discussion devant le Parlement.

Enquête. - Neuf parents interrogés dans le cadre de la présente recherche soulignent l'inconvénient que représente pour eux l'absence de force exécutoire de l'accord parental extrajudiciaire, ce qui est peu rassurant pour eux.

Point de vue des médiateurs. - De leur côté, les médiateurs ne semblent pas favorables au fait de conférer davantage de valeur juridique aux plans parentaux extrajudiciaires. Les parents ont en effet le choix de faire ou non homologuer leur accord. Une médiatrice souligne cependant les difficultés rencontrées par les parents lorsque les accords ne sont pas soumis à homologation : les parents doivent souvent se battre pour que leur signature ait de la valeur auprès des tiers (école, centre d'activité périscolaire centre aéré, etc., cf. *infra*). Il y a un vrai problème de prise en compte de ces accords, y compris par la gendarmerie, notamment quand l'accord venait modifier un jugement et que l'un des parents décide de ne plus appliquer l'accord mais le jugement. Pour cette même médiatrice, l'homologation présente alors des avantages : elle met du cadre. Comme une colonne vertébrale, c'est une structure. Mais il est impératif de mettre de la souplesse dans cette structure. Il y a en effet un risque, avec l'homologation, c'est que l'accord devienne gravé dans le marbre dans l'esprit des parents alors même qu'un enfant évolue. D'ailleurs, généralement, l'ordonnance du juge aux affaires familiales mentionne « à défaut de meilleur accord entre les parents ».

Prospective. - Certains auteurs comme le professeur Anne-Marie Leroyer dénoncent l'hétérogénéité des solutions et l'incohérence résultant du maintien d'une règle d'indisponibilité, en pratique vidée de son contenu. « C'est dire qu'une réflexion prospective s'impose. *De lege ferenda*, il conviendrait, d'une part, de développer les pactes relatifs à l'autorité parentale et, d'autre part, d'unifier leurs conditions de validité »⁷¹. Laure Jacobs et Adeline Gouttenoire proposent d'admettre le principe de la disponibilité des droits parentaux, du moins dans une certaine mesure, en se fondant sur l'idée que les parents sont les mieux placés pour organiser la vie de l'enfant et leurs relations avec lui, ainsi que ses relations avec des tiers. Elles précisent cependant que l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant impose d'appliquer à ces conventions le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit être la finalité de la convention parentale, elle constitue la cause même de la convention. Intérêt de l'enfant et ordre public seraient alors confondus, en vertu de l'affirmation selon laquelle « dans le droit de l'autorité

⁷¹ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p.161.

parentale, [l'ordre public] est établi pour la protection de l'enfant »⁷². On pourrait cependant admettre l'existence d'un certain nombre de règles relatives à l'enfant auxquelles les parents ne pourraient pas déroger, ou seulement à certaines conditions et sous contrôle du juge, parce qu'elles concernent des principes fondamentaux tels que le respect de l'intégrité physique de l'enfant ou la nécessité de le faire bénéficier de certains soins ou d'un certain niveau d'études et d'éducation. On peut également s'interroger sur le caractère d'ordre public du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents ainsi que certains de ses proches comme ses ascendants ou ses frère(s) et sœur(s).

Pour adapter le droit positif aux attentes des parents et éviter un recours au juge chronophage et rarement effectif, il faut envisager la possibilité de donner force obligatoire aux plans parentaux extra-judiciaires sans passer par une procédure judiciaire. On pourrait ainsi prévoir un enregistrement du plan par une administration, ou le service de l'Etat civil ou encore le greffe du tribunal d'instance ou de grande instance.

L'autorité chargée d'enregistrer pourrait exercer un contrôle *a minima*, qui porterait sur le respect de l'intérêt de l'enfant, à l'image du contrôle exercé sur le choix du prénom de l'enfant⁷³. Si cette personne estimait que le plan n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant, elle pourrait demander aux parents de la modifier puis, en cas de refus de leur part, saisir le procureur de la République qui, s'il estime lui aussi que la convention n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant, pourrait saisir le juge aux affaires familiales.

§ 2. L'information des parents

Il ressort de l'ensemble des entretiens avec les médiateurs que les parents sont systématiquement informés de l'absence de force exécutoire de la convention tant qu'elle n'est pas homologuée. Les médiateurs précisent parfois également aux parents qu'à défaut d'homologation, la convention demeure un engagement, qu'elle constitue notamment un début de preuve (en cas de conflit) et un engagement moral.

Exemples de clauses relatives à la portée de l'accord

« Nous savons que ces accords n'ont pas force exécutoire tant qu'ils n'ont pas été homologués par le Juge aux Affaires Familiales (juge aux affaires familiales) de notre Tribunal de Grande Instance (TGI) ».

« La présente proposition ne constitue pas une prétention au sens juridique du terme »

⁷² A.-M. LEROYER, *op. cit.*, p.164.

⁷³ A. Gouttenoire et L. Jacobs, art. préc.

La médiatrice canadienne insère à la fin de chaque entente *un avertissement* :

AVERTISSEMENT

Les parents sont informés que le présent résumé des ententes de médiation ne constitue ni un contrat, ni un jugement, ni une convention sur mesures accessoires à être déposée à la cour.

Pour assurer de donner force exécutoire à toutes les clauses de votre résumé, nous vous soulignons l'obligation de préparer ou de faire préparer une convention sur des mesures accessoires et de la faire entériner par le tribunal et ce, dans les meilleurs délais. Avant d'entreprendre cette démarche, une consultation juridique indépendante est recommandée.

Les parents sont informés également que la signature du résumé des ententes de médiation produirait des effets juridiques, même s'il n'a pas force exécutoire, et qu'il est alors préférable de ne pas procéder à sa signature avant d'obtenir un avis juridique indépendant.

De la même façon, les parents sont informés que la mise en application de tout ou partie des ententes de médiation peut également produire des effets juridiques, en ce sens qu'une telle mise en application peut constituer une reconnaissance de l'entente préalablement à la judiciarisation.

Les parents sont informés que la non-divulgaration de certaines informations au cours du processus de médiation pourrait avoir comme conséquence de remettre en question certaines ententes de médiation consignées dans le présent résumé.

Les parents se sont engagés, lors du contrat de médiation, à ne pas utiliser en preuve devant un tribunal tout document contenu au dossier, incluant le présent résumé des ententes évolutives de médiation, sans le consentement des deux.

Rédigé à Montréal le 20 mars 2015

Les modèles proposés aux parents notamment par des sites internet vont dans le même sens.

Le modèle proposé par le site Documentissime précise que « l'homologation de la convention par le juge aux affaires familiales est facultative. Mais ce n'est que si la convention est homologuée par le juge que ses dispositions deviendront légalement obligatoires. Faute d'homologation, la convention n'a qu'une valeur d'engagement moral entre les parties. En cas de non-respect des dispositions, il ne sera pas possible de les faire exécuter ».

Homologation proposée. - L'homologation judiciaire est expliquée et proposée aux parents par les médiateurs. Une médiatrice explique notamment avoir toujours un exemplaire de requête conjointe, qu'elle fournit aux parents s'ils sont tous les deux présents et qu'ils le souhaitent.

Les médiateurs, ne faisant pas de suivi des parents, ne sont pas en mesure de savoir s'ils font ou non homologuer les accords. Une médiatrice a simplement précisé que les conventions rédigées dans le cadre de la médiation préalable obligatoire (expérimentation) ont toutes été soumises à homologation. Lors de la première expérimentation menée à Arras (2008-2013), l'homologation était administrative, c'est-à-dire que le juge ne recevait pas nécessairement les parents dans la mesure où il y avait eu préalablement une médiation qui avait permis l'élaboration de ladite convention.

§ 3. Les difficultés d'exécution du plan parental

Sur les vingt-quatre parents interrogés, quinze expliquent ne pas avoir rencontré de difficulté particulière dans l'application du plan parental. Ils reconnaissent cependant majoritairement (pour sept d'entre eux) que cela n'a pas toujours été facile, même si le plan parental a globalement bien fonctionné. Pour une mère, l'absence de difficulté entre les parents tient notamment au fait qu'au moment de l'élaboration de l'accord les relations entre les parents étaient apaisées, bien davantage qu'au moment de la séparation et du recours à l'autorité judiciaire.

Pour neuf parents en revanche, l'application de l'accord parental a suscité des difficultés entre les deux parents. Les causes de ces difficultés sont variées :

- La pratique de la religion

Une mère explique que le père, devenu catholique pratiquant depuis la séparation, trouve désormais que la pratique de la religion juive était trop présente (pourtant identique à celle antérieure et conforme à la décision du juge aux affaires familiales). Les enfants ne comprennent pas les problèmes liés à la religion. Ils ont toujours eu la même pratique de la religion juive. Cette année, eu égard au fait qu'il trouvait les enfants « trop juifs » à son goût, il les a amenés à la messe de minuit à Noël. C'était la première fois et les enfants n'ont pas compris. Le père veut passer en force dans ses décisions. Aucun dialogue n'est fait avec les enfants, qui se braquent ; il s'impose arbitrairement sans les écouter. Il semble que le problème soit cependant plus général. D'après la mère, le père s'est senti lésé. Il essaie de faire les choses, mais il est toujours en retard par rapport au développement des enfants (par exemple, il voulait rester dans la salle de bain avec l'aînée lorsqu'elle prenait sa douche alors qu'elle avait dix ans et demi). Il a des problèmes relationnels avec la fille aînée qui trouve son père méchant et en décalage culturel. Face à ces difficultés liées à la religion, le père, de mauvaise foi selon la mère, a refusé de continuer à appliquer l'accord concernant la renonciation à une partie du droit de visite et d'hébergement fixé dans un jugement antérieur à l'accord qui précisait que les enfants passeraient les fêtes juives chez leur mère. La mère a saisi le juge aux affaires familiales (cf. *infra*).

- La détermination du rythme des vacances scolaires

Une mère explique qu'il y a eu des difficultés pour les vacances scolaires, notamment l'an dernier, car son nouveau compagnon a aussi des enfants en résidence alternée. Il était décidé dans la convention que la répartition des vacances scolaires se ferait au cas par cas à l'amiable. Cela a été difficile mais, au bout d'un certain laps de temps, les parents ont quand même réussi à trouver un accord.

A la suite de ce problème, la mère a souhaité que soit signé un nouvel avenant à la convention dans lequel le calendrier des vacances scolaires serait déterminé à défaut d'accord amiable, mais le père s'y est opposé. Cette année la répartition s'est mieux passée. Mais il se peut qu'il y ait de nouvelles difficultés à l'avenir car le père vient d'avoir une petite fille, et la mère elle-même est enceinte. Cette dernière explique que, pour elle, la précision du contenu du plan parental constitue un avantage pour la vie au quotidien car cela donne un cadre. Le

seul point qui n'est pas clairement délimité (les vacances) a ainsi donné lieu à des difficultés.

Pour une autre mère, l'organisation des vacances a été compliquée au départ car elle souhaitait que les enfants aillent un mois chez chacun des parents mais le père trouvait que c'était trop long vu l'âge du plus jeune (quatre ans et demi au moment de la séparation). Finalement, la première année, c'est la proposition de la mère qui a été mise en œuvre. La deuxième année le père a refusé, il voulait une alternance tous les quinze jours. Pour résoudre le conflit, les parents ont fait un compromis : un séjour de trois semaines chez chacun des parents mais ce n'était pas l'idéal. La troisième année, les choses se sont compliquées et la mère a menacé le père d'aller devant le juge s'il ne parvenait pas à prendre une décision. Finalement, il a convenu que, vu que l'enfant avait grandi, on pouvait faire un mois / un mois, ce qui est plus facile pour tout le monde. Le problème tenait aussi à la date d'anniversaire de l'enfant. Il est né au mois d'août, donc il fallait aussi s'arranger pour les parents l'aient chacun leur tour. Maintenant les parents alternent chaque année, l'un en juillet, l'autre en août, et la mère est satisfaite de cet arrangement.

- Le lieu de scolarisation de l'enfant

Cette question qui n'avait pas été prévue par la convention a dû être discutée par deux parents car ils n'habitaient pas la même ville. Au départ, l'enfant était scolarisé dans l'école dans laquelle la mère travaille. Elle ne voulait pas qu'il en change. Mais cette décision a provoqué un conflit avec le père. Finalement, les parents ont réussi à s'accorder pour qu'il change d'école.

- La recomposition familiale

Une mère et sa fille disent que la résidence alternée n'est pas l'idéal. Cette dernière exprime notamment le fait qu'elle préférerait être chez sa mère tout le temps, qu'elle a parfois honte de son père. Ce n'est pas un problème d'argent dit-elle, mais il n'entretient rien, ni la maison, ni la voiture, elle ne veut pas que ses amis viennent chez son père. Et puis l'ambiance n'est pas idéale, notamment avec sa belle-mère. Les relations sont très froides, elles se disent simplement bonjour. Sa belle-mère fait toujours primer sa propre fille, notamment s'agissant de l'alimentation. Par exemple, chacun des enfants, elle-même, son frère et la fille de la belle-mère, boivent des jus de fruit différents. C'est la belle-mère qui fait les courses et il y a toujours le jus de fruit de sa fille mais jamais ceux qu'elle-même et son frère veulent. Ou encore son frère, âgé de 17 ans et demi, subit des réflexions lorsqu'il se ressert une assiette de pâtes à table (c'est la jeune fille de 14 ans qui tient ces propos). Mais elle n'ose pas en parler à son père, il en va de même pour la mère. Les deux affirment savoir qu'il ne voudrait jamais que les enfants vivent chez leur mère.

Dans un autre cas, la mère explique que la question du beau parent, ou du moins de la recomposition familiale, n'a pas été envisagée expressément dans l'accord parental, mais

qu'elle s'est réglée de fait par la suite. Cela a donné lieu à des difficultés. En effet, si aujourd'hui le père est célibataire, pendant un temps, il était en couple et cela s'est mal passé avec l'enfant, qui était souvent chez ses grands-parents. D'ailleurs, à ce moment-là, les parents ont failli devoir saisir le juge car la mère n'était pas d'accord avec le fait que l'enfant soit constamment chez ses grands-parents, même s'il est important qu'il les voie, ce n'était pas le but de la résidence alternée. La mère explique être désormais en concubinage. Au départ, cela a été difficile car le père avait toujours espoir qu'ils se remettent ensemble car justement il n'y avait pas de jugement. Aujourd'hui cela se passe bien, c'est une entente cordiale. Et puis ce n'est pas forcément facile aussi pour le nouveau compagnon d'accepter le mode de vie choisi, en particulier la résidence alternée.

- Les questions liées à la santé des enfants

Un père explique que les questions relatives à la santé des enfants ont suscité des problèmes. Avant qu'il y ait un véritable accord entre les parents, les difficultés sont apparues parce que le grand-père maternel est médecin et qu'il s'occupe du suivi de toute sa famille et donc de ses petites-filles, mais de manière informelle, par exemple le dimanche avant le repas de famille. Le père ne voulait plus de cela, car il allait concrètement être exclu des questions de santé de ses filles. Aussi a-t-il demandé à ce que le suivi par le grand-père maternel soit institutionnalisé à son cabinet. La mère ne voulait pas ; elle considérait que, quand les enfants sont chez l'un des parents, c'est le problème de ce parent, c'est lui qui décide. La médiatrice lui a fait comprendre que ce n'était pas possible de raisonner comme cela et elle a aussi expliqué au père qu'il fallait lâcher prise, faire confiance.

Le problème s'est donc solutionné en amont et est pris en compte dans l'élaboration de l'accord lui-même (bien que les parents ne soient plus en possession de la convention, qu'ils n'ont jamais signée), le fait d'en avoir parlé a écarté le plus gros du conflit finalement.

Par la suite cependant il y a eu quelques difficultés au quotidien. Le dernier problème en date concerne l'aînée. Elle avait un rendez-vous chez le dermatologue concernant un grain de beauté sur le front. Le père l'a appris de la bouche de sa fille. Quand il lui a demandé pourquoi elle y allait, l'enfant lui a dit que c'était pour l'enlever. Le père était, là aussi, très mécontent car il considère que ce n'est pas un acte anodin, qu'il doit y consentir, et que si c'est pour des raisons médicales, il est d'accord pour qu'on lui enlève mais sinon, non. La mère a nié, dit que c'était simplement pour des analyses. Mais ensuite elle a reconnu, *a posteriori*, sa mauvaise foi.

- Le rythme de la résidence alternée

De manière générale, le rythme de la résidence alternée, sans être toujours source de difficulté, a été souvent l'objet de modification de l'accord parental initial (cf. *infra*).

Un père explique que l'accord initial a fonctionné six mois jusqu'à ce que des difficultés liées au rythme de la résidence soient mises en évidence.

Le père explique ainsi qu'il y a eu des interrogations des enfants, notamment de l'aînée,

pour savoir chez qui elle allait, chez le père ou la mère. L'absence de régularité du rythme – les semaines, voire le weekend étaient coupés – créait une confusion. En outre, ces rythmes ne convenaient pas au père d'un point de vue de sa parentalité, car il n'était plus totalement impliqué dans la scolarité. Et plusieurs fois, la mère l'avait appelé pour venir s'occuper au pied levé des enfants. Il a accepté une fois, deux fois, et ensuite il a refusé. Ça lui a coûté mais il savait que ça n'allait pas pouvoir tenir comme cela, ni pour lui d'être averti au dernier moment et puis de n'être considéré comme père qu'en cas de besoin, ni pour les enfants pour qui c'était perturbant. Il y avait d'ailleurs des tensions grandissantes entre la mère et les filles car le système était irrégulier. Finalement un jour la mère a demandé au père « mais qu'est-ce que tu veux exactement ? », en retournant en quelque sorte la situation, car c'est elle qui n'arrivait plus à gérer. Il lui a proposé une résidence alternée égalitaire, sept jours / sept jours du vendredi au vendredi, et elle a accepté immédiatement. Le nouveau mode de fonctionnement était mis en place dès la rentrée scolaire 2010. La régularité était nécessaire pour les filles.

Pendant les deux ou trois premières années, c'était compliqué encore, il y a eu des négociations précises du calendrier, pour que chacun ait exactement le même nombre de jours, notamment pour les jours fériés. Depuis deux ans, le rythme de l'alternance est mis en place sur les périodes scolaires. Pendant les vacances, il y a une répartition égalitaire, avec des arrangements, notamment pour Noël.

Il y a eu au début aussi des petits retards quant à l'horaire de retour des enfants. Quand le père l'a fait remarquer à la mère, elle lui a reproché d'être trop rigide. Mais maintenant ça ne se produit quasiment plus. Quand il y a un retard, ils se préviennent

La mère des mêmes enfants ne fait pas fait état de difficultés liées au rythme de la résidence alternée. Elle explique simplement que l'accord a été modifié dans son intégralité, parce qu'au départ, on ne se rend pas compte des conséquences pratiques de chaque décision. Il y a donc un besoin de modifications, de précisions. Pour elle, il n'y a pas eu de réelle difficulté dans l'application de l'accord parental, même si cela n'a pas toujours été évident, notamment la première année, il faut parvenir à communiquer pour mettre en place l'accord, ne penser qu'aux enfants.

- La communication entre les parents

Un père explique qu'il y a eu des difficultés de communication entre les parents, qui rejaillissaient sur les enfants. Les parents s'étaient notamment engagés mutuellement à ne pas faire des filles des messagers. Mais parfois la grande a quand même eu l'impression d'être transformée en messenger, elle le leur a dit mais les parents ne s'en étaient pas rendus compte, ils étaient de bonne foi tous les deux (pour l'achat d'un livre notamment : tu diras à ta mère / ton père qu'il y a tel livre à acheter). Elle a fini par leur dire que s'ils avaient quelque chose à se dire, ils avaient qu'à le dire eux-mêmes.

Une fois la mère a critiqué le père devant les filles sur un aspect financier. Le père était triplement énervé : parce qu'ils s'étaient engagés à ne pas se critiquer mutuellement devant les enfants / parce que d'un point de vue financier il avait pris tout en charge (il a même payé à la mère son aménagement et son installation dans son nouvel appartement) / parce que

c'était faux, c'était sur une question d'un remboursement et il l'avait déjà remboursé. Les filles l'ont dit à leur père qui a immédiatement appelé la mère. Elle s'est énervée pendant cinq minutes, il a raccroché. Elle l'a rappelé et s'est excusée. Cela n'est plus arrivé ensuite.

- L'instabilité (professionnelle et financière) d'un des parents

Une mère explique qu'il a fallu s'adapter à la situation mouvante du père, qui a une capacité modérée à trouver des solutions. Le lieu de résidence de l'enfant (chez la mère ou en résidence alternée) était finalement fonction de la situation financière et professionnelle du père. Notamment en septembre 2014, le père arrivait en fin de droits chômage, il a alors trouvé un nouveau travail dans l'hôtellerie durant l'été. Il travaillait tous les week-ends et avait des amplitudes horaires très grandes. La situation était donc compliquée pour le maintien de la résidence alternée. Le père considérait que ça n'était plus possible. La mère ne supportant pas de devoir encore subir les choix du père, lui a imposé de trouver une solution. Pendant les deux semaines où il devait avoir l'enfant, le père travaillait. Cela a été difficile pour l'enfant. Il y a alors eu une rupture de communication. Une médiation a été entamée à la rentrée scolaire 2014-2015. La résidence alternée est importante pour la mère, elle a besoin que le père assure ses responsabilités de père. Elle ne veut pas de discordance entre son discours revendicatif et les faits.

En mars 2015, le père a appelé la mère pour lui demander de s'occuper de l'enfant alors que c'était sa semaine. La mère a angoissé, le père a expliqué qu'il allait être hospitalisé en clinique de repos. La mère s'est retrouvée à assumer seule l'enfant, qui posait des questions. Le père était en incapacité totale de mettre de la temporalité. La mère se préparait à ce que ce soit à durée indéterminée car l'hospitalisation pouvait durer. Le père sortait tous les week-ends du samedi 14 heures au dimanche 16 heures. Au départ, la mère a fait en sorte que le père voit l'enfant tous les week-ends, sauf un week-end. Mais finalement le père est sorti de l'hôpital et la résidence alternée a été reprise.

Dans le même cas, le père explique que la séparation lui a fait prendre conscience qu'il était dépressif. Au moment de l'entretien, il sortait de deux mois d'hospitalisation. Le père en a beaucoup voulu à la mère, car elle ne l'a pas aidé à dépasser sa dépression. D'après le père, la mère considère que la dépression n'est pas une maladie, c'est un symptôme. Pendant l'hospitalisation, l'enfant était chez la mère. Mais en sortant, le père avait la volonté de maintenir la résidence alternée. La mère voulait la garde principale car elle pense que le père est trop fragile pour s'occuper de l'enfant. Donc les parents sont en discussion, même si, dès la sortie de l'hôpital, la résidence alternée a repris (première semaine chez la mère, puis deuxième semaine chez le père). Le père explique que ses difficultés financières liées notamment à son arrêt maladie sont source de tension et que cela repousse la rédaction d'un accord, même si la médiation aide à apaiser leurs relations.

- La gestion des papiers administratifs

Une mère explique que le père était déclaré à l'école comme représentant légal de l'enfant. Après la séparation, c'est donc lui qui recevait tous les papiers, alors que dans les faits c'est elle qui s'en occupait et que l'enfant avait au départ sa résidence principale fixée chez la mère. Il y avait du retard dans les papiers, une absence de communication. Elle a alors fait le changement pour que ce soit elle qui soit déclarée responsable légale et qu'elle reçoive tous les papiers.

Dans le même cas, le père explique qu'il ne s'occupe pas des papiers, oublie de payer les factures, etc. C'est donc la mère qui s'en occupe et c'est source de tension.

- La gestion du linge des enfants

Une mère explique qu'il y a eu des difficultés au départ, lorsque la résidence alternée a été mise en place pour la gestion des vêtements de l'enfant, car le père gardait tout le linge. Désormais, la situation est plus apaisée. La médiation familiale entamée par le couple permet de mettre à plat toutes les difficultés liées à l'application de l'accord.

- Les activités extrascolaires

Un père explique que le choix des activités extrascolaires de l'enfant a parfois été difficile. Il explique ainsi que la mère a inscrit l'enfant au conservatoire alors qu'elle avait 5 ans pour faire du hautbois. Cela a duré six ans, mais c'était humiliant pour l'enfant, les cours étaient durs, notamment le solfège, ce n'était pas un moment de plaisir pour l'enfant. La mère voulait cependant qu'elle continue. Le père a fait arrêter le conservatoire. L'enfant a ensuite fait de la batterie et aujourd'hui elle fait de la guitare. Cela a été dur pour la mère, mais maintenant ça va. Le même problème s'est posé pour la pratique d'une activité sportive : l'enfant en a régulièrement changé, patinage artistique à roulettes, gym.

Ce père ajoute qu'il y a aussi des petits points de mésentente sur le paiement des dépenses dites extraordinaires. Le dernier désaccord a porté sur des soins chez une esthéticienne (épilation). Ces éléments n'étaient pas explicitement prévus dans l'accord initial des parents (accord verbal) qui portait sur le lieu de résidence de l'enfant et sur les aspects financiers ; les parents s'étaient accordés pour un partage égalitaire concernant les grosses dépenses, pour que le père paye tout ce qui est régulier (carte de tram, dépassement d'orthoptie, etc.) et pour que la mère ait le bénéfice de l'allocation de rentrée scolaire.

Rare inexécution des engagements parentaux. - Il s'avère que seul un couple fait réellement état d'absence de respect des obligations nées du plan pourtant rédigé avec un avocat, cette inexécution faisant suite à une difficulté relative à l'exercice de la religion de la mère par les enfants, et s'explique selon la mère par la mauvaise foi du père (cf. *supra*) ce qui permet de conclure que globalement les parents respectent leur engagement, surtout si on ajoute ce constat au fait que pour 11 couples l'exécution de la convention n'a pas suscité de difficulté. Toutefois, à un entretien qui mentionne explicitement l'absence de respect des obligations nées du plan, il convient d'en ajouter un autre dans la mesure où la saisine du juge par la mère est liée au fait que le père n'a plus

voulu exécuter l'accord parental s'agissant du droit de visite et d'hébergement. La mère explique que le père ne respecte pas son droit de visite, il ne vient pas aux jours et heures prévues, il ne paie pas régulièrement la pension alimentaire. Elle précise qu'elle prend seule des décisions normalement effectuées conjointement (exemple : pour le choix des vaccins, etc.).

Difficultés nouvelles. - La plupart des difficultés de mise en œuvre du plan portent sur une question qui n'avait pas été prévue par le plan, notamment la recomposition familiale ou la religion ou encore la question de la scolarisation de l'enfant ou celle des activités extra-scolaires. Autrement dit, ce ne sont pas les dispositions du plan qui suscitent des difficultés d'exécution par elles-mêmes ; c'est plutôt l'absence de prévision de certains sujets, qui entraîne un conflit rejaillissant alors sur l'exécution du plan. Cela permet de mettre en exergue l'importance d'envisager le plus de choses possibles en amont, d'instaurer une discussion sur l'exercice de l'autorité parentale de manière générale. À ce titre, le recours à un tiers peut être intéressant lorsque les parents ont des difficultés de communication. Les médiateurs et avocats rencontrés ont en effet expliqué qu'ils devaient faire s'interroger les parents sur tout ce à quoi ils ne vont pas forcément penser ou à quoi ils ne veulent pas penser. La verbalisation en amont limite les conflits ultérieurs⁷⁴.

Il reste que certains points comme la gestion du linge ou des papiers administratifs peuvent difficilement être prévus par la convention ; et le fait que les parents ne parviennent pas à les gérer concrètement est peut-être le signe d'un dysfonctionnement plus profond.

Les difficultés de mise en œuvre du plan résultent également de l'inadaptation de certaines modalités d'exercice de l'autorité parentale avec le temps et l'avancée en âge des enfants. Il en va particulièrement ainsi du rythme de la résidence alternée. Par ailleurs, les circonstances de l'exécution de la convention peuvent avoir évolué. Il semble important que les parents prévoient qu'une modification de leur accord puisse intervenir, soit de manière systématique à certaines dates anniversaire, soit en fonction de certains événements liés à l'enfant ou aux parents (cf. *infra*).

En cas de difficultés, la plupart des parents disent essayer de discuter pour parvenir à un accord, notamment pour régler une question qui ne l'avait pas été à l'origine. Dans un certain nombre de cas, les parents parviennent à un accord, même si selon l'un d'entre eux : « en cas de conflit, c'est le problème, il faut négocier, c'est parfois épuisant ».

Selon une avocate, les difficultés d'exécution de la convention parentale proviennent généralement du fait qu'il s'agit de faux accords, qui n'ont pas été véritablement négociés, discutés, pensés, à la différence de l'accord issu du droit collaboratif. Dans ce dernier cadre en effet, elle invoque un taux de réussite de 94%. Le plus souvent, l'échec provient d'un manque d'approfondissement des choses ou de la non-loyauté complète d'un parent qui n'a pas, par exemple, révélé un fait important, ou de l'absence d'expression de la rancœur liée à la séparation, ou encore d'un accord négocié sous la menace. Les difficultés peuvent porter sur tous les points : l'éducation, la religion, l'apparition d'un nouveau conjoint dans la vie des enfants, la modification de la résidence alternée liée à un déménagement professionnel d'un des parents, le montant de la pension alimentaire (par exemple, le débiteur de la pension alimentaire n'avait pas informé l'autre parent, au moment de l'accord, qu'il allait avoir une promotion).

Un médiateur explique insérer parfois une clause dans la convention prévoyant qu'en cas de conflit, les parents se doivent de revenir en médiation. Il relève que, même en l'absence d'homologation de la convention, si le juge aux affaires familiales est saisi d'un litige, il applique généralement ladite clause et renvoie les parents devant un médiateur.

Sanction de l'inexécution. - Il paraît opportun de prévoir dans la convention les conséquences d'une inexécution totale ou partielle de la convention entre les parents. Véronique Chauveau⁷⁵

⁷⁴ Même si elle ne permet pas toujours de les éviter – Dans un des entretiens, la mère estime que le plan parental est un échec, malgré la médiation.

⁷⁵ Art. préc.

recommande ainsi aux parents de prévoir dès la formation du plan parental, une sorte sanction d'un non-respect de l'engagement ou d'une anticipation d'un conflit, ce que préconisent également certains médiateurs⁷⁶. Chacun des parents pourrait obtenir l'exécution forcée de la convention, dans la mesure cependant où celle-ci n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant, ou au moins engager la responsabilité du parent qui ne l'aurait pas exécutée⁷⁷. La force majeure constituée par exemple par la maladie de l'enfant qui l'empêcherait de se rendre chez l'autre parent pourrait justifier le défaut d'exécution de la convention. Les parents pourraient à l'avance convenir de la nature exacte ainsi que des modalités des mesures de contrainte, mais le contrôle du juge qui peut également désigner des personnes habilitées à accompagner l'huissier (psychologue, assistant social) semble indispensable pour préserver l'intérêt de l'enfant⁷⁸. En effet, si le recours à la contrainte peut débloquer certaines situations, il n'est certainement pas indiqué dans tous les cas. Par exemple, quand il s'agit d'adolescents qui refusent de se rendre chez l'un de leurs parents, le dialogue devrait être privilégié, éventuellement avec l'aide d'un médiateur. Avant de forcer le jeune à voir son parent, il convient d'essayer de comprendre les raisons qui se trouvent à l'origine de son refus de le rencontrer : est-il influencé par l'autre parent ? Ce parent est-il réellement inadéquat avec lui ? Rencontre-t-il d'autres difficultés, avec un beau-parent ou à l'école ? La sanction pourrait cependant prendre la forme d'une compensation en nature au profit de l'autre parent. Ainsi, si l'un des parents ramène l'enfant à l'issue de son droit de visite avec un certain temps de retard, ce temps lui serait déduit de son prochain droit de visite⁷⁹. La sanction de l'inexécution de la convention devrait s'appliquer à la fois à l'égard des abus fautifs de l'un des parents : prolongement indu du droit d'hébergement ou du droit aux relations personnelles, non-respect de l'avis de l'autre parent pour une décision importante, etc. ; mais devraient également être sanctionnées les abstentions aux engagements pris par le parent dans la convention : non-exécution du droit de visite par exemple. Il faudra toutefois s'assurer au cas par cas que ces mesures ne sont pas disproportionnées par rapport aux enjeux en présence⁸⁰.

L'ensemble des difficultés rencontrées par les parents mettent en exergue l'importance d'envisager le plus de choses possible en amont, d'instaurer une discussion sur l'exercice de l'autorité parentale de manière générale. A ce titre, le recours à un tiers peut être intéressant lorsque les parents ont des difficultés de communication.

Lorsque les parents parviennent à communiquer, le recours à un tiers ne se révèle pas forcément utile, mais alors, il pourrait être opportun de diffuser, à l'instar de ce qu'a fait le Canada, un guide pour la mise en place des accords parentaux extrajudiciaires, afin d'amener les parents à se questionner eux-mêmes et ainsi à anticiper le plus possible les difficultés de mise en œuvre du plan.

Pour les difficultés qui surviennent en aval, notamment dues à un changement de circonstances, il semble que dans la plupart des cas, le fait d'avoir un accord incite les parents à discuter, négocier pour adapter leurs arrangements, peu de parents en viennent à saisir le juge pour faire trancher leur conflit.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ L. JACOBS et A. GOUTTENOIRE, art. préc.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ V. CHAUVEAU, art. préc.

⁸⁰ *Ibidem*.

CHAPITRE 2 : LES EFFETS DU PLAN PARENTAL A L'EGARD DES TIERS

Droit positif. - Les parents étant titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, leurs accords s'imposent aux tiers. Le plan parental étant une formalisation de cet accord, il doit être respecté par les tiers. Il semblerait cependant que tel ne soit pas toujours le cas.

Enquête. - Au-delà des difficultés relationnelles entre les parents, quatre d'entre eux ont en effet expliqué avoir rencontré des difficultés administratives, notamment quant à la reconnaissance de l'existence même d'un accord parental sans décision de justice. Ces difficultés sont toutes exposées par des parents dont l'accord parental est resté verbal, de telle sorte qu'il n'est pas possible de savoir concrètement si la présentation d'un plan parental écrit aurait permis de satisfaire aux exigences écrites des administrations. En effet, les administrations demandent, à défaut d'un jugement, une attestation sur l'honneur signée des deux parents. Les problèmes rencontrés sont variables, mais ils sont le plus souvent liés au fait que les tiers exigent la preuve écrite de l'accord des parents, ce qui est assez logique. Les difficultés ont généralement été résolues après maintes explications des parents sur leur situation et sur présentation d'une attestation sur l'honneur signée des deux parents. On peut penser que la présentation d'un plan parental contenant l'accord des parents sur tel ou tel point pourrait suffire au tiers. Il s'agit donc davantage d'une question de preuve que d'existence même d'un accord parental, ou que ce dernier ait ou non été homologué par le juge. Le problème pourrait ainsi être réglé par une incitation des parents à mettre leur accord par écrit, ce qui pourrait être facilité par un modèle officiel.

Certains parents se sont cependant heurtés à l'exigence d'un jugement pour procéder à telle démarche concernant l'enfant.

Pour ce qui est de l'école, une mère précise qu'en maternelle, la directrice lui a dit que tant qu'il n'y avait pas de problème, elle ne demanderait rien, mais que sinon, il faudrait fournir un planning de garde afin de simplifier les choses. Jusqu'à présent les parents n'ont pas eu besoin de le faire, mais il n'est pas exclu selon elle qu'ils soient contraints d'y avoir recours un jour ou l'autre. Un autre parent note que sur le long terme c'est un peu compliqué : les établissements scolaires demandent des jugements. A l'école, il a été facile de contourner la demande de jugement, au collège ça a été plus délicat, il a fallu expliquer davantage la situation. Selon un autre parent, aucune difficulté ne s'est posée pour les inscriptions au centre aéré, ni même pour une inscription dans une école privée. En revanche à l'école publique, ça a été plus compliqué car ils ont demandé de nombreux papiers, notamment parce que la mère ne porte pas le même nom que l'enfant, et finalement ils ont consenti à ce qu'une attestation sur l'honneur soit suffisante. Un couple constate qu'ils n'ont pas rencontré de difficultés dans le cadre de l'exécution du plan parental à ce jour, tout en précisant que l'exécution ne s'effectue que dans le cadre familial puisque l'enfant n'est pas encore scolarisé.

Ainsi, selon deux parents, certains directeurs d'écoles publiques ont-ils exigé un jugement relatif à la résidence de l'enfant pour l'inscrire dans leur établissement. Une telle exigence est tout à fait excessive dès lors que les parents sont d'accord pour fixer la résidence de l'enfant chez l'un ou l'autre. Si cet accord est contenu dans un plan parental, le directeur de l'établissement scolaire doit le tenir pour acquis, sauf à vérifier auprès de chacun des parents qu'il en est bien toujours ainsi.

Un parent a rencontré le même problème dans le cadre d'une demande de logement social. Dans les pièces à fournir, il était au départ demandé, soit un jugement, soit une convention homologuée. Néanmoins, une attestation sur l'honneur signée du père des enfants a facilement été admise. Là encore, l'accord des parents pour fixer la résidence de l'enfant chez le parent demandeur du logement devrait suffire, mais il n'est pas illogique que les tiers exigent un écrit.

La question s'est également posée dans les rapports d'un couple avec l'administration fiscale. En effet, dans la déclaration pré remplie, la résidence de l'enfant était fixée à titre principal chez le père alors qu'un système de résidence alternée était en réalité mis en place. En appelant le centre des

impôts, un jugement a été demandé à la mère pour changer les modalités d'hébergement de l'enfant ; toutefois, à force d'explications, une attestation conjointe des parents sur l'honneur a été suffisante, ce qui permet bien d'affirmer que l'accord des parents quant à la résidence des enfants s'impose aux tiers. Une mère explique pour ce qui est des impôts, son fils est déclaré en résidence alternée et que les parents bénéficient chacun de 0,25 part supplémentaire sans que cela n'ait posé de problème.

Initiatives. - Tout en relevant ces difficultés, certains parents relèvent de bonnes initiatives, comme dans certaines bibliothèques municipales (Pessac) qui délivrent deux cartes de bibliothèque pour chaque enfant, ce qui évite les conflits parentaux (il n'y a plus de : « j'ai oublié la carte, c'est l'autre parent qui l'a, chez qui sont les livres », etc.).

Formulaires. - Certains parents notent que, de manière générale, les formulaires administratifs ne permettent pas un réel exercice de la coparentalité en cas de séparation. Certaines fiches scolaires font encore notamment référence au chef de famille ou au représentant légal, ou bien il n'y a pas suffisamment de place pour inscrire les noms des deux parents, ainsi que leurs coordonnées. Ainsi, un parent note que pour l'inscription au centre aéré il est impossible d'inscrire les deux adresses de l'enfant, et les deux responsables légaux dans les fiches d'inscription ni le fait que les enfants vivent dans deux lieux différents et que les deux parents sont les responsables légaux. Cela a une conséquence importante aux yeux des parents car seules les coordonnées d'un des deux parents sont spécifiées, et aucune mention n'est faite de la situation de résidence alternée. Or, ces fiches sont données aux écoles, centres de loisirs, etc. Il faut que chaque année les parents expliquent la situation et les agents ne semblent pas concevoir qu'un enfant puisse vivre chez ses deux parents séparés. Un autre parent relève le même problème à la crèche : en effet, les courriers allaient tous au père qui avait été désigné comme seul représentant légal sur les formulaires, alors que c'était la mère qui s'occupait dans les faits de l'enfant, la résidence de l'enfant étant originellement fixée chez elle. Suite à cela, elle a fait le changement pour que ce soit elle la responsable légale. Pour cette mère, le problème tient donc au fait que les établissements demandent la désignation d'un seul représentant légal de l'enfant, en contradiction avec le principe de coparentalité affirmé par la loi de 2002.

A l'inverse, il apparaît que certains tiers qui entrent en relation avec les parents ne connaissent pas les règles relatives aux décisions parentales et notamment qu'ils se contentent du consentement d'un seul des parents, alors qu'il ne s'agit pas d'actes anodins (comme pour les photos). En effet, seuls les actes usuels peuvent en vertu de l'article 372-2 du Code civil être présumés pris avec le consentement de l'autre parent.

Alors que le principe de la coparentalité demeure nonobstant la séparation conjugale et que l'organisation de la prise en charge des enfants est une des prérogatives de l'autorité parentale, il est primordial que les administrations prennent en compte le fait que les parents peuvent avoir eu recours à un accord amiable, écrit (plan parental) ou verbal (arrangement parental), et notamment le fait qu'ils aient pu convenir d'une résidence alternée. Toutefois, force est de constater qu'un écrit formalisé à partir d'un modèle officiel faciliterait les choses aux parents, même si on doit noter que dans l'ensemble ils parviennent à obtenir gain de cause auprès des tiers.

Les expressions telles que chef de famille, qui ont été supprimées de la législation française depuis 1970, n'ont plus à figurer dans les formulaires d'inscription des enfants, la coparentalité doit être de mise, que les parents soient séparés ou non. En outre il convient que les coordonnées des deux parents puissent être inscrites sur les différents formulaires administratifs relatifs à l'enfant particulièrement, mais pas seulement, en cas de résidence alternée. Afin de respecter la coparentalité, et le principe de codécision qu'elle implique, il semble en outre opportun de clarifier les notions d'actes usuels / actes importants, et d'en faire une communication auprès des professionnels de l'enfance.

CHAPITRE 3 : LES MODIFICATIONS DU PLAN PARENTAL

Accord de volontés. - Le plan parental constituant un accord de volontés privé, les parents peuvent évidemment en modifier le contenu librement. Toutefois, dans la mesure où les modalités de prise en charge de l'enfant ont été décidées d'un commun accord dans le plan parental de départ, leur modification exige un nouvel accord des parents. Ces modifications peuvent être motivées par un changement de circonstances ou par le fait que, les enfants ayant grandi, leurs besoins ont évolué. Il est des cas dans lesquels le plan parental restera extra-judiciaire, aucune homologation n'étant demandée. Même lorsqu'un jugement est intervenu sur l'autorité parentale, ou qu'une convention antérieure a été homologuée, il arrive que les parents s'entendent ultérieurement de façon purement privée et qu'ils appliquent le plan parental plutôt que la décision. C'est ce qui explique, notamment, que des couples divorcés, puissent également être amenés à conclure un plan extrajudiciaire, alors que le juge du divorce a obligatoirement déjà statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁸¹.

Clauses. - Les parents peuvent introduire dans leur plan des clauses qui se définiraient comme de « renégociation » par lesquels ils s'engagent à discuter à nouveau le contenu du plan, dans son ensemble ou sur certains points particuliers (par exemple, seulement sur les aspects patrimoniaux). Cette renégociation peut être prévue de façon périodique (ex. : une fois par an), ou découler de la survenance d'événements listés dans le plan : remariage ou concubinage d'un des parents, seuils d'âge de l'enfant, échec scolaire de l'enfant, maladie grave, naissance d'un frère ou sœur, déménagement prévu d'un parent...

Exemples de « clause de négociation » :

Le présent accord vaut jusqu'à la tentative de conciliation, si l'un ou l'autre, ou les deux, décidaient d'engager une procédure de divorce, et sauf survenance d'un élément nouveau venant modifier la situation décrite *supra*.

4) Révision du présent accord: Les présentes dispositions sont toujours révisables entre chacune des parties, et le cas échéant devant le Juge aux affaires familiales en cas de désaccord et de survenance d'un événement nouveau dans la situation respective des parties. La convention homologuée, ou non, peut être modifiée ou complétée à tout moment par le juge, ou à la demande d'un parent. A défaut, cette convention s'applique jusqu'à ce que les enfants soient devenus majeurs et indépendants financièrement.

Ces accords reflètent notre situation actuelle. En cas de changement, nous nous engageons à discuter entre nous et, si nous ne parvenons pas à nous mettre d'accord, nous essayerons la médiation avant d'avoir recours à la justice.

⁸¹ Cf. *supra*.

Certaines clauses précisent en outre, le cas échéant, la répartition du coût d'une modification du plan parental notamment en cas de recours à une médiation

Enquête. - Dix parents sur les vingt-quatre interrogés (huit couples sur vingt) ont modifié l'accord parental initial. Pour sept plans, la modification a eu lieu de manière verbale (pour l'un des couples pourtant l'accord initial était écrit, mais non signé par les deux parents).

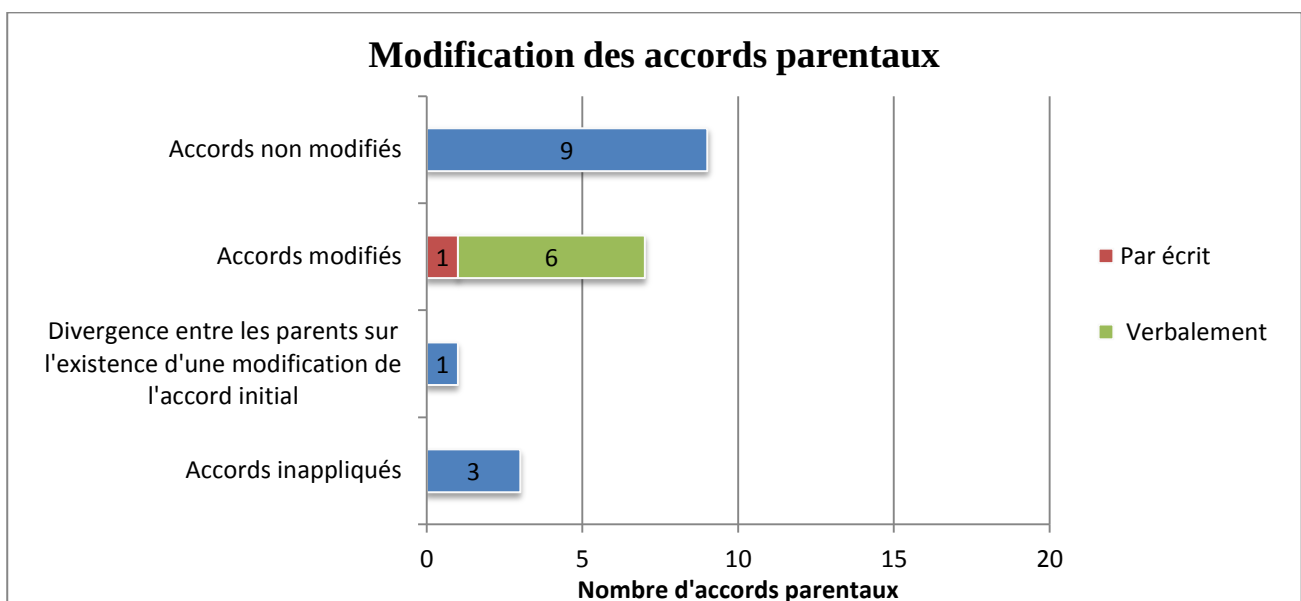
Un seul couple a procédé par la rédaction d'un avenant écrit à la convention, dans lequel sont expliqués en préambule l'objet et les raisons de la modification du plan parental et qui précise que « *le présent avenant résulte d'un accord entre les parents de l'enfant et vient compléter et modifier la convention antérieure* » et que « *la totalité des clauses non modifiées de la convention initiale restent intégralement applicables* ».

La modification est motivée par le déménagement de la mère avec son nouveau compagnon. Parce que « les parents sont très attachés au principe de la garde alternée, et désireux de résider à proximité l'un de l'autre pour offrir à l'enfant un cadre de vie stable (proximité école et activités notamment) et faciliter l'organisation de leur vie quotidienne », les parents envisagent une modification du lieu de scolarisation de l'enfant.

Il est à noter qu'au sein d'un des couples interrogés une mère explique que l'accord a été modifié, le droit de visite et d'hébergement du père ayant été étendu, alors que pour le père l'accord n'a pas été modifié.

Par ailleurs trois plans parentaux ne sont plus appliqués, le premier en raison d'un conflit relatif à la pratique de la religion (cf. *supra*), mais la résidence chez la mère prévue au départ a été maintenue par la décision judiciaire ; le deuxième car les parents ont décidé de divorcer après dix ans de séparation de fait, désormais, le jugement de divorce reprend le contenu de leur plan parental, lequel prévoyait une résidence alternée ; le troisième parce que les enfants sont désormais majeurs.

Ainsi, sur les vingt accords parentaux étudiés, dix-sept accords sont encore appliqués, sept ont été modifiés, neuf n'ont pas été modifiés, et pour un accord, il y a une divergence des parents quant au point de savoir si l'accord a ou non été modifié.



Les modifications portent sur différents points :

- Passage d'une résidence à titre principal chez un des parents à une résidence alternée

Pour un couple, la résidence de l'enfant était au départ fixée chez la mère. Par la suite le père et l'enfant ont voulu se voir davantage. Mais il fallait déterminer quand et comment : se posait notamment la question de la régularité, qui était importante pour la mère, et du confort de l'enfant (le père vivant dans un studio). Les parents ont alors essayé de trouver un compromis : le père avait l'enfant un week-end sur deux et tous les mercredis soirs. Ce système a fonctionné pendant un an (toute l'année 2013, lorsque le père était en CDD). En janvier 2014, le père s'est retrouvé à nouveau sans emploi. La mère a reparlé à nouveau de la résidence alternée, mais le père ne semblait plus pressé de la mettre en place. La mère a compris par la suite que cela tenait au fait que le père avait refait sa vie et qu'il vivait avec sa nouvelle compagne dans son studio. La résidence alternée a été malgré tout mise en place (du mercredi au mercredi). En septembre 2014, le père arrivait en fin de droits-chômage, il a alors trouvé un nouveau travail dans l'hôtellerie durant l'été. Il travaillait tous les week-ends et avait des amplitudes horaires très grandes. La situation était donc compliquée pour le maintien de la résidence alternée. Le père a considéré que la résidence alternée n'était plus possible. La mère ne supportant pas de devoir encore subir les choix du père, lui impose de trouver une solution. Pendant les deux semaines où il devait avoir l'enfant, le père travaillait. Cela a été difficile pour l'enfant. Il y a alors eu une rupture de communication. Une médiation a été entamée à la rentrée scolaire 2014-2015. Le père était d'accord sur le principe mais a mis du temps à contacter la médiatrice. Finalement, la médiation a débuté en octobre 2014. La médiation était importante pour la mère car elle sentait qu'elle devenait toute puissante, que c'était elle qui prenait toutes les décisions. Ce n'était pas bon pour l'enfant. Le père a déménagé début 2015, à proximité de chez la mère (c'était important) pour avoir une chambre pour l'enfant. La résidence alternée a été interrompue pendant plusieurs mois du fait d'une hospitalisation du père mais elle a pu se remettre en place ensuite.

Le père explique de son côté que la résidence alternée, qui n'était pas prévue dans l'accord de départ, a été mise en place progressivement. Au départ, la résidence était fixée chez la mère. Ensuite le père a eu l'enfant tous les mercredis (« les mercredis du papa ») et ensuite, la résidence alternée égalitaire a été mise en place (7jours / 7 jours, d'abord du mercredi au mercredi, puis du vendredi au vendredi). Pour 2015, le père a l'enfant les semaines paires et la mère les semaines impaires. Pendant son hospitalisation, l'enfant était chez la mère. Mais en sortant, le père avait la volonté de maintenir la résidence alternée même si la mère n'était pas favorable car elle pensait le père trop fragile pour s'occuper de l'enfant. Le principe de la résidence alternée est en cours de discussion dans l'accord mais elle a repris dans les faits.

Dans un autre cas, père explique qu'au départ, il s'occupait majoritairement de l'enfant, car la mère est beaucoup plus jeune que lui et elle était peu stable. Il y a eu ensuite mise en place d'une résidence alternée égalitaire. La mère faisait alors un planning. Le père n'avait pas envie de batailler.

- Le rythme de la résidence alternée (trois couples, quatre parents interrogés)

Un père explique que les modifications de l'accord parental ont porté sur le rythme de la résidence alternée. En effet, au départ, l'alternance se faisait sur deux jours mais c'était trop lourd. Désormais a été mise en place une alternance égalitaire sur huit jours. Mais eu égard à l'âge de l'enfant (quatorze ans), le père explique que progressivement c'est plutôt l'enfant qui choisit : s'il veut aller chez sa mère il y va, s'il veut aller chez son père, il y va.

Une mère explique qu'au départ, la résidence alternée se faisait sur huit jours du lundi au lundi. L'échange se faisait à l'école. Le père a voulu échanger pour faire du vendredi au vendredi, afin de commencer la semaine sur un moment apaisé. La mère explique qu'elle ne s'y est pas opposée.

Pour un couple, le père explique qu'au départ, suite à la médiation familiale, la résidence alternée était inégalitaire (il ne se souvient plus exactement du rythme, neuf jours chez la mère, puis cinq jours chez le père), mais cela ne lui convenait pas. Le père avait alors inscrit dans la convention qu'il pensait que ce n'était pas un bon système car il était déséquilibré (ce n'était pas l'avis de la mère puisqu'elle estimait avoir fait des concessions qui avaient rééquilibré les choses), car il était irrégulier pour les filles. Le père a par ailleurs fait préciser dans la convention qu'il s'agissait d'un simple essai sur un an et qu'il faudrait faire le bilan à l'issue de cette période. Le système était en outre confus pour les enfants et provoquait des tensions. Les parents sont alors passés à une résidence alternée égalitaire au départ du dimanche au dimanche, puis du vendredi au vendredi (pour le passage des affaires scolaires des enfants). Lors de l'entretien, la mère a par ailleurs expliqué qu'elle souhaiterait passer du jeudi au jeudi pour ne pas faire obstacle à la réalisation d'activités le vendredi.

- Les modalités du droit de visite et d'hébergement

Selon une mère, le droit de visite et d'hébergement du père a été augmenté par rapport à ce qui était prévu au départ : il a l'enfant un mercredi soir sur deux, les semaines où il ne l'a pas le week-end alors qu'au départ, le père avait seulement l'enfant un weekend sur deux et tous les mardis soirs.

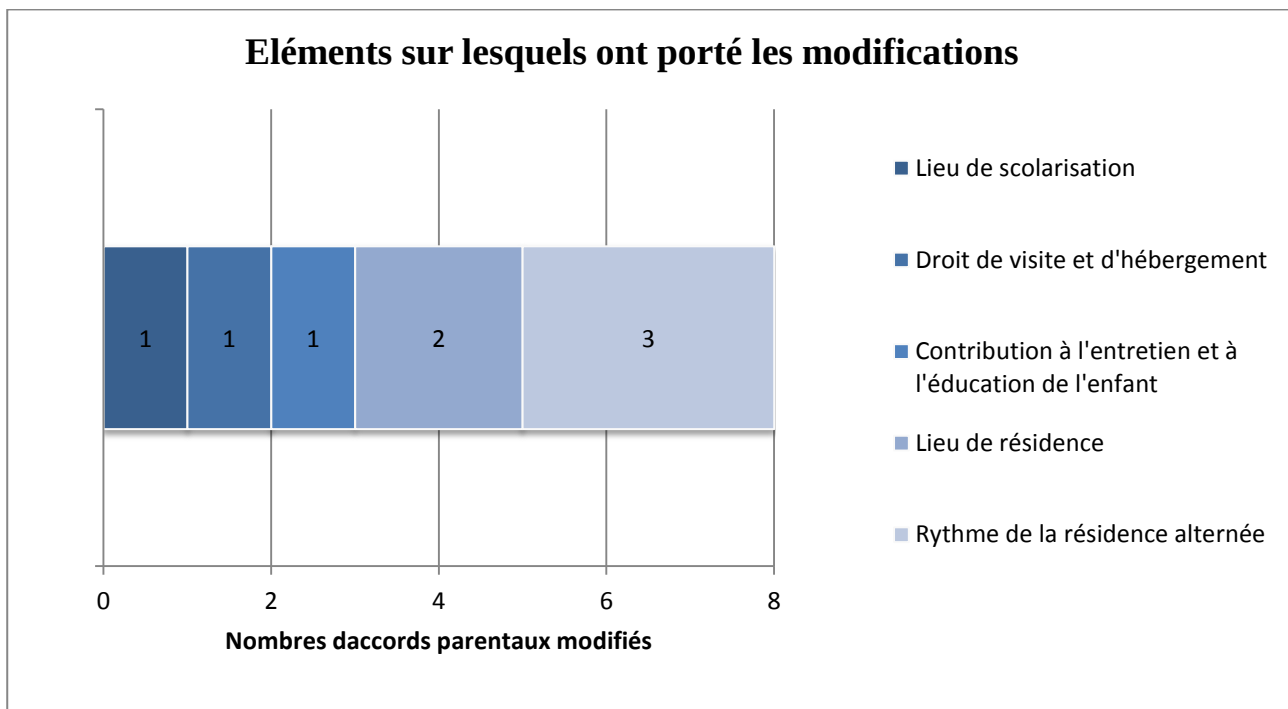
Il est à noter que le père a apporté son témoignage mais n'a pas fait référence à une modification de l'accord parental. Pour lui, l'enfant est en résidence alternée.

- Le lieu de scolarisation de l'enfant et le lieu de résidence des parents

Une mère explique que les parents se sont entendus pour déménager tous les deux lorsqu'elle s'est installée avec son nouveau compagnon, pour pouvoir maintenir la résidence alternée. Le rythme de la résidence alternée est en effet particulier : l'enfant est tous les lundis et mardis et un week-end sur deux (vendredi/samedi/dimanche) chez le père et tous les mercredis et jeudi et week-end sur deux (vendredi/samedi/dimanche). Lors de l'accord initial, les parents résidaient dans la même ville, qui constituait également le lieu de scolarisation de l'enfant. La mère a voulu déménager mais le père ne souhaitait pas quant à lui déménager en raison de son lieu de travail et du prix de l'immobilier. Cependant, pour maintenir la résidence alternée et faciliter l'organisation de leur vie quotidienne, le père, sur demande de la mère, a accepté de déménager et de changer la commune de scolarisation de l'enfant à certaines conditions. L'avenant à la convention précise ainsi que l'enfant sera scolarisé dans la commune du nouveau lieu de résidence du père, ou en cas d'impossibilité dans l'école publique la plus proche. La mère s'est quant à elle engagée à rechercher un logement le plus proche possible du nouveau lieu de scolarisation de l'enfant. L'avenant prévoit à ce titre que la mère renonce à se prévaloir d'un non déménagement de sa part, ou d'un lieu de résidence trop éloigné du nouveau lieu de scolarisation de l'enfant, quelles qu'en soient les causes, pour remettre en cause ce lieu de scolarisation ou les modalités de la garde alternée ainsi qu'à en exiger une modification pour l'une de ces deux raisons (non-déménagement ou lieu de résidence trop éloigné).

- La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants

Un père explique que la pension alimentaire qu'il versait à la mère a été supprimée. Il prend désormais en charge directement certains frais, au cas par cas, par exemple pour l'achat de vêtements, de fournitures scolaires, des vélos, etc. Il s'était en effet rendu compte que la mère n'utilisait pas les 300€ qu'il lui versait pour ses enfants (elle a par ailleurs un autre enfant avec son nouveau compagnon).



Exemple du Canada. - Le guide *Echantillon de clauses pour un plan parental, Outil d'accompagnement à « Faire des plans »* contient une section consacrée à la révision, surveillance et modification du plan parental:

Section 10 : Révision, surveillance et modification du plan parental

Il peut arriver que vous deviez modifier votre plan parental. N'oubliez pas que si vous songez à faire des changements, il est toujours préférable de discuter des questions et de montrer une version provisoire de votre plan parental modifié à un avocat avant de le signer, pour vous assurer de bien comprendre vos droits et obligations. Cela est particulièrement important si les modalités de votre plan parental forment une entente officielle ou si elles sont intégrées à une ordonnance du tribunal, car ces documents doivent être mis à jour.

Première révision du plan parental

Pour vous assurer d'avoir un plan parental qui répond aux besoins de vos enfants et qui est pratique pour vous et l'autre parent, vous pourriez y ajouter une disposition concernant une première révision. Une date serait fixée pour que vous vous rencontriez et discutiez du plan parental et de son fonctionnement. Si vous décidez que des changements doivent y être apportés, vous pourriez en discuter lors de cette rencontre. Si vous voulez intégrer une disposition concernant une première révision, il est important de prévoir suffisamment de temps pour mettre d'abord le plan parental à l'essai. Par exemple, vous pourriez décider de vous réunir après deux mois.

Les congés prévus durant l'année constituent souvent de bons moments pour commencer de nouveaux arrangements ou y mettre fin, notamment la fin de l'année scolaire, la fin de l'été ou les congés scolaires importants.

Note : Si vous décidez d'ajouter une disposition concernant une première révision dans votre plan parental, mais que pour une raison ou une autre, l'arrangement parental ne fonctionne pas et que vous devez vous adresser aux tribunaux, le juge pourrait hésiter à

modifier un arrangement parental « en période d'essai » qui est, selon lui, dans l'intérêt meilleur de vos enfants. Les tribunaux se préoccupent de la stabilité des enfants et ils changeront les arrangements parentaux seulement s'il y a une bonne raison de le faire et que c'est dans le meilleur intérêt des enfants.

1. Le présent plan fera l'objet d'une révision le [inscrire la date]. À ce moment-là, le parent A et le parent B discuteront du plan parental et négocieront tout changement approprié dont ils conviennent.

Rencontres régulières entre les parents

Les enfants ont besoin de choses différentes selon leur âge et leur stade de développement, et leurs horaires changeront au fur et à mesure qu'ils grandiront. Cela vaut particulièrement lorsque vos enfants participeront à un plus grand nombre d'activités. Plus les enfants sont jeunes au moment de la séparation ou du divorce, plus vous pouvez vous attendre à ce que leurs besoins évoluent au fil du temps. Vous devrez peut-être adapter votre plan parental. Déterminez si votre plan parental devrait contenir une disposition selon laquelle vous et l'autre parent devez-vous rencontrer régulièrement pour discuter du plan parental et déterminer s'il convient aux enfants.

1. a) Le parent A et le parent B acceptent de se réunir une fois par année, avant la fin de/d'[inscrire le mois], pour discuter du plan parental. Avant cette rencontre annuelle, chaque parent passe le plan parental en revue et apporte une liste de questions par écrit en vue d'en discuter à la rencontre.

b) Les changements sont apportés au plan parental lors de la rencontre annuelle.

c) Si le parent A et le parent B n'arrivent pas à s'entendre sur les changements à apporter au plan parental dans les 30 jours suivant la rencontre annuelle, ils utiliseront la méthode de règlement des différends établie à la section 9.

Changements imprévus

Des changements peuvent survenir dans votre vie que vous n'aviez pas prévus au moment de rédiger votre plan parental. Même si vous décidez de tenir une rencontre annuelle avec l'autre parent, des problèmes peuvent se poser entre les rencontres. Par exemple, si l'un de vous a un nouvel horaire de travail, il faudra peut-être modifier le plan parental. Il serait bon de décider de la manière d'aborder ce genre de changements.

1. Si les circonstances des enfants changent, y compris la capacité du parent A ou du parent B de répondre aux besoins des enfants, nous convenons du processus suivant pour modifier le plan parental :

a) le parent qui propose un changement au plan parental informe l'autre parent par écrit du changement proposé;

b) nous discuterons du changement proposé et nous efforcerons de nous entendre pour trouver une solution;

c) si nous n'arrivons pas à une entente dans un délai de 30 jours, nous utiliserons la méthode de règlement des différends établie à la section 9 pour trouver une solution.

Dans le même sens, le document du Ministère de la Justice canadien *Faire des plans, Guide sur les arrangements parentaux, Comment penser à votre enfant d'abord*, contient également une section dont l'objet est la modifier de l'entente, dont on notera qu'elle contient des développements très concrets avec des exemples précis.

Modifier une entente [...]

Il arrive parfois qu'après que vous ayez conclu une entente [...], la situation change et les arrangements ne fonctionnent plus pour vos enfants.

Par exemple,

- il se peut que quand vous aviez élaboré vos premiers arrangements : vos enfants avaient un et trois ans. Maintenant, ils ont sept et neuf ans et ils jouent tous deux au hockey à un niveau compétitif. Le calendrier parental qui se trouve dans votre entente n'est tout simplement plus pratique

- vous et l'autre parent habitez des villes différentes, vous habitez aujourd'hui la même ville, ce qui permet aux enfants de passer beaucoup de temps avec chaque parent

- vous et l'autre parent n'étiez pas capables de bien communiquer au sujet des enfants, donc chacun de vous aviez été désigné exclusivement responsable de certaines décisions dans différents domaines (p. ex., un parent s'occupait de la santé et de l'éducation et l'autre, de la religion). Vous communiquez maintenant mieux ensemble et vous pourriez prendre toutes les décisions importantes de façon conjointe

- vous étiez tous deux capables de bien ; prendre soin des enfants mais maintenant, l'autre parent a un problème de dépendance et des préoccupations relatives à la sécurité des enfants se posent lorsqu'ils sont sous sa garde.

Si vous avez une entente, vous et l'autre parent pouvez décider de la modifier. Si vous avez de la difficulté à vous entendre sur les modifications, vous pourriez essayer l'une des méthodes de règlement des différends décrites dans la présente section, par exemple la médiation. Si cela ne fonctionne pas, vous devrez expliquer la situation à un juge qui prendra la décision.

[...] Si vous croyez que vous devez modifier votre ordonnance ou votre entente, c'est une bonne idée d'en parler à un avocat.

De ces différentes expériences, on peut déduire que dans le cadre parental, l'évolution des modalités de l'exercice de l'autorité parentale vont plutôt dans le sens d'une plus grande égalité entre les parents notamment pour ce qui est de l'hébergement de l'enfant. On peut, même si c'est avec une certaine prudence, en déduire que les plans parentaux sont de nature à inciter les parents à davantage de discussion et de respect de la place de l'autre auprès des enfants, ainsi qu'une adaptation des accords à l'intérêt de l'enfant.

Au regard de leur objet, la prise en charge d'une personne par nature susceptible d'évolution, et de leur cause, l'intérêt de l'enfant, les conventions relatives à l'autorité parentale doivent pouvoir être révisées par les parents au fil du temps.

La meilleure solution serait de prévoir une clause de révision dans la convention qui permettrait ou imposerait aux parents de réviser la convention lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige ; la révision pourrait avoir lieu à intervalles réguliers pour tenir compte de l'avancée de l'enfant en âge ou en fonction d'évènements particuliers tenant soit à l'enfant lui-même (maladie, difficultés scolaires, etc.) soit aux parents (déménagement, mise en couple, naissance d'un autre enfant, etc.).

Une procédure judiciaire serait toujours possible faute d'accord des parents ou lorsque l'un des parents considère que le dispositif prévu par la convention n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ou ne garantit pas suffisamment ses droits. Dans cette dernière hypothèse, le juge examinerait la convention, statuerait sur le maintien de sa compatibilité avec l'intérêt de l'enfant et imposerait le cas échéant d'autres dispositions de nature à mieux respecter l'intérêt de l'enfant et les droits respectifs des parents.

CHAPITRE 4 : LE JUGE ET LES PLANS PARENTAUX

Intervention du juge. - L'intervention du juge dans la situation familiale qui fait l'objet d'un plan parental implique un contrôle du juge sur ce dernier. En effet, tant que les parents restent en accord sur les dispositions de leur plan et qu'ils n'éprouvent pas le besoin d'en renforcer l'efficacité juridique, aucun contrôle du juge ne s'exercera quant au respect des principes qui devraient limiter leur marge de manœuvre (cf. *supra*). C'est toutefois ce qui se produit également dans l'immense majorité des couples demeurés unis : ils prennent des décisions relatives à l'autorité parentale sans qu'aucun contrôle systématique ne soit prévu.

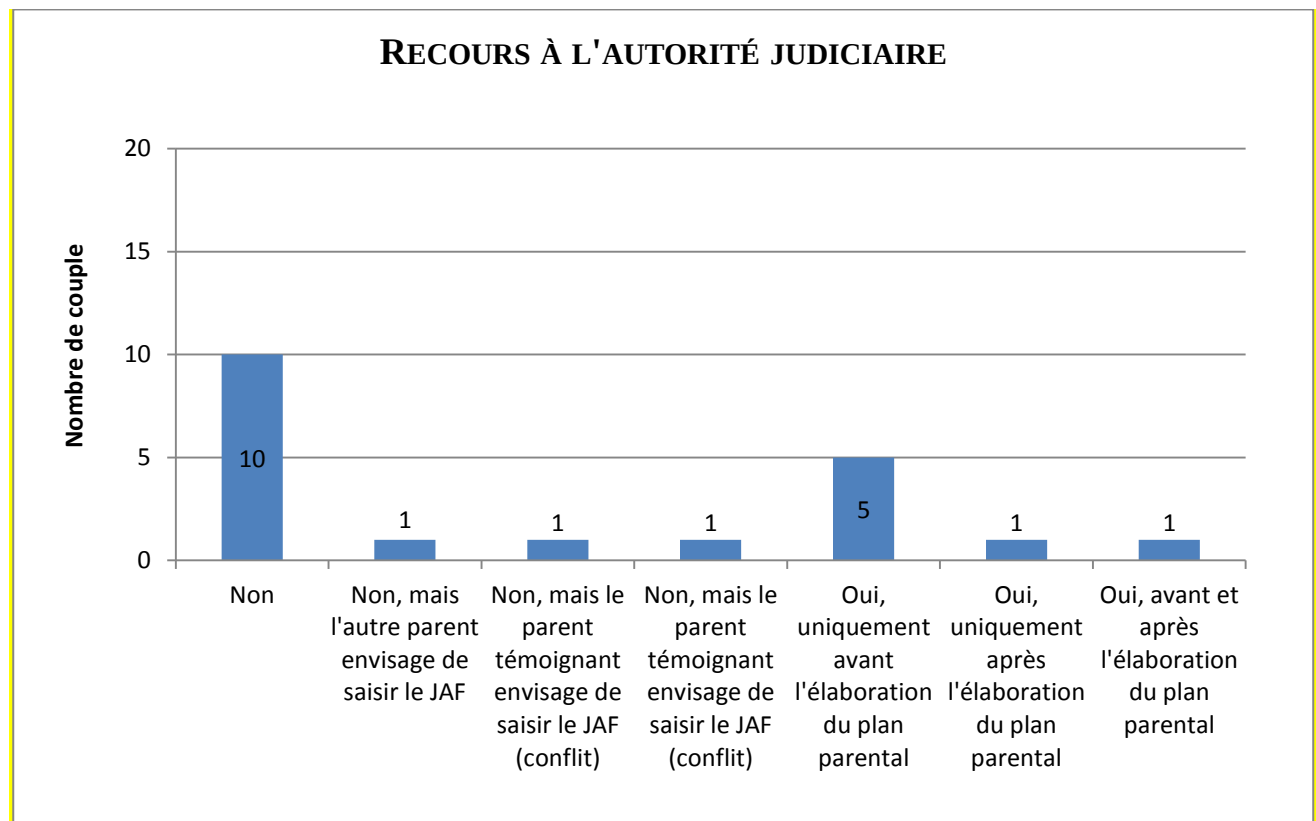
Lorsqu'il existe un plan parental, le juge intervient dans deux hypothèses : en cas de demande d'homologation du plan ou en cas de conflit entre les parents sur ce plan, c'est-à-dire si l'un d'eux en demande l'exécution à laquelle l'autre ne se soumet pas ou plus, ou encore si l'un souhaite obtenir des mesures différentes de celles prévues par le plan.

Même si elle devrait être exceptionnelle, il faut également évoquer l'hypothèse de l'enfant en danger, entraînant l'intervention du Juge des enfants ; le plan parental ne serait alors pas contrôlé en tant que tel, mais uniquement pour les conséquences pratiques auxquelles il a pu aboutir et qui contribuent à cet état de danger.

Enquête. - Au total, sur les vingt couples concernés par l'enquête, seuls cinq sont concernés par le recours au juge après l'élaboration du plan parental, soit qu'il ait eu lieu, soit qu'il ait été envisagé. Ce nombre est très faible. Toutefois, il est logique puisque l'enquête portait justement sur les plans parentaux extra-judiciaires. Il n'est donc pas significatif. Tout au plus peut-on en déduire que la mise en œuvre d'un plan parental sans recours au juge en aval de l'élaboration de l'accord, qui concerne donc dans l'enquête seize couples soit la grande majorité, est tout à fait faisable.

Parmi les deux couples qui ont eu recours au juge après l'élaboration de l'accord, l'un a fait homologuer l'accord dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel et l'autre a saisi le juge en raison des difficultés d'exécution du plan parental majoritairement liées à la religion et qui avaient des conséquences sur la mise en œuvre du droit de visite et d'hébergement.

Pour un couple, la saisine du juge aux affaires familiales est envisagée afin de faire homologuer l'accord qu'ils étaient en train de rédiger au moment des entretiens avec l'aide d'une médiatrice familiale. Une mère dit envisager sérieusement la saisine du juge parce que l'accord n'est pas respecté par le père à propos de la pension alimentaire et du droit de visite et d'hébergement. Une mère a expliqué que pour elle l'exécution du plan parental ne posait aucune difficulté mais qu'il n'en allait peut-être pas de même pour le père qui a indiqué vouloir saisir le juge pour faire modifier l'organisation actuellement en place.



§ 1. L'homologation du plan parental par le juge

Modalités. - La demande d'homologation de l'accord parental par le juge recouvre deux séries de situations : le plan parental peut être intégré à la convention plus large que les époux doivent élaborer dans le cadre du divorce par consentement mutuel (art. 230 C. civ.) En dehors de cette hypothèse, l'homologation du plan parental peut être demandée sur le fondement de l'article 373-2-7 du Code civil dans le cadre d'une procédure gracieuse. Le contrôle porte alors sur deux points spécialement visés par la loi, dans chacune de ces deux hypothèses : le respect de l'intérêt de l'enfant, et la liberté du consentement de chacun des parents.

Dans les deux hypothèses d'homologation, le juge n'a, en principe, pas de possibilité de révision de l'accord, il n'a le choix qu'entre l'homologation « en bloc » ou le refus total d'homologation (art. 232 et 373-2-7, al. 2 cc)⁸². N'est-il pas regrettable que le juge ne puisse réviser le plan pour le rendre conforme, plutôt que de refuser en bloc l'homologation ? Le juge ne risque-t-il pas d'être incité à homologuer, à la marge, des accords imparfaits ?

Aujourd'hui, selon les juges et les avocats interrogés, les demandes d'homologation de convention parentale (hors convention de divorce par consentement mutuel) restent peu fréquentes, notamment parce que cela demande un niveau de formalisme important, le plan devant être suffisamment précis pour se suffire à lui-même, puisque le juge ne peut pas le compléter. Selon l'un d'entre eux, les avocats eux-mêmes ne sont pas toujours habitués à la rédaction de ces conventions. Cela aboutit en pratique à ce que les parents, même s'ils sont d'accord entre eux, demandent au juge

⁸² Certes, l'article 1099, alinéa 2, du Code de procédure civile prévoit, dans l'hypothèse du divorce par consentement mutuel, une possibilité de suppression ou de modification de certaines clauses ; mais cette disposition n'apporte pas de véritable pouvoir de décision au juge, puisque l'accord des parties reste nécessaire : « Avec l'accord des parties, en présence du ou des avocats, le juge peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou d'un des époux ».

de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale, mais pas dans le cadre d'une procédure d'homologation. Soit les parents introduisent une requête conjointe qui comporte les points sur lesquels ils se sont déjà entendus jusque-là, soit ils présentent des demandes identiques (pratique des « conclusions concordantes »). Le juge aux affaires familiales peut alors « entériner » leur accord sans qu'il s'agisse à proprement parler d'une « homologation » au sens propre du terme, même si l'expression se retrouve dans certains jugements. Dans ce cadre, le juge aux affaires familiales peut aussi modifier cet accord ou le compléter. Sa marge de manœuvre est donc beaucoup plus large que dans le cadre d'une demande d'homologation, comme l'affirme l'un des juges aux affaires familiales interrogés.

Procédure. - La représentation par avocat n'est pas obligatoire dans la procédure devant le juge aux affaires familiales hors divorce, en vertu de l'article 1139 du code de procédure civile qui fait exception à l'article 751 du code de procédure civile. En outre, la saisine du juge aux affaires familiales pour une procédure hors divorce est désormais totalement gratuite (depuis le 1^{er} janvier 2014 avec la suppression du timbre fiscal de 35€). Le droit d'appel demeure payant (150€). L'article 1137 du code de procédure civile prévoit que le juge peut être saisi par requête conjointe, ce qui paraît le plus opportun pour l'homologation d'un accord parental.

Incitation officielle à la recherche d'un accord. - La notice de la demande au juge aux affaires familiales que l'on trouve sur le site du ministère de la justice contient une rubrique *Tentative de résolution amiable du litige* :

Il est important que vous ayez tenté de trouver un accord amiable au litige avant de remplir le formulaire :

- En faisant un courrier invitant l'autre partie à trouver un accord ;
- En rencontrant un médiateur familial ;

Vous pouvez vous adresser pour obtenir les coordonnées d'un médiateur familial :

- au tribunal de grande instance
- au tribunal d'instance
- au conseil départemental de l'accès au droit
- à la maison de Justice et du droit
- à la caisse d'allocations familiales

Ainsi que sur le site internet du ministère de la justice dans l'onglet justice en région <http://www.annuaires.justice.gouv.fr>

Si les parties ont chacune un avocat, elles peuvent, dans le cadre de la procédure participative, tenter de trouver un rapprochement possible.

Si vous avez conclu un accord avec l'autre partie, vous aurez alors la possibilité de faire homologuer votre accord par le juge compétent en la matière.

Si vous n'avez pas effectué cette tentative de résolution amiable du litige, le juge pourra vous proposer une mesure de médiation.

Modèle d'accord soumis à homologation du juge⁸³. - Un certain nombre d'accord parentaux, notamment ceux rédigés à l'aide d'un avocat, sont préparés dans l'objectif d'être homologués par le juge aux affaires familiales. Parfois, la convention prévoit que l'homologation aura lieu, par exemple selon la formule « *Nous souhaitons que ces accords soient homologués par le Juge aux affaires familiales* ».

Dans le cadre d'un processus de droit collaboratif⁸⁴, les accords parentaux sont toujours soumis à homologation pour ce qui est des points juridiques (résidence de l'enfant, pension alimentaire, droit de visite et d'hébergement). En revanche, les autres points sur lesquels les parents sont parvenus à un accord sont retranscrits dans un procès-verbal d'accord, qui a seulement une valeur morale. Tel peut ainsi être le cas de la gestion du linge des enfants ou de la pratique d'une activité extrascolaire, ou encore de la prise en charge financière des vacances dans un lieu particulier par l'un des parents, etc. Par ailleurs, les accords temporaires ne sont pas non plus soumis à homologation. L'avocate bordelaise spécialisée en droit collaboratif explique qu'il s'agit alors de procéder comme c'était le cas avant 2004 dans le divorce par consentement mutuel, en faisant une convention temporaire de séparation. C'est un besoin de la pratique lié au fait que souvent les couples n'attendent pas la séparation judiciaire pour se séparer de fait. Il faut donc gérer le temps avant l'audience : déterminer par exemple qui va jouir de l'immeuble en commun et les questions relatives aux enfants. Ces conventions temporaires permettent une liberté de vie avant le prononcé du divorce notamment.

Les parents peuvent ainsi présenter ensuite au juge une requête conjointe en homologation d'un accord total ou partiel⁸⁵, qui contient parmi les pièces justificatives la convention de procédure participative.

Dans le cadre d'une procédure participative, la convention prévoit sur ce point :

5 - Accord mettant fin à l'entier différend

En cas d'accord entre les parties, il fera l'objet d'un acte sous seing privé

Cet acte pourra être contresigné par les avocats des parties en application des articles 66-3-1 à 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 tels que résultant de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011).

Les parties conviennent de soumettre leur accord à l'homologation du juge aux affaires familiales conformément aux dispositions des articles 1555 à 1557 c. pr. civ.

6 - Accord partiel

En cas d'accord partiel, les parties conviennent de saisir le juge aux fins d'homologation de leur accord et de jugement pour le différend résiduel (art. 1560 c. pr. civ.).

7 - Désaccord

En cas de différend persistant, résiduel ou total, les parties pourront saisir le juge dans le cadre des articles 1560 s. du code de procédure civile.

⁸³ Requête conjointe aux fins de jugement d'homologation d'un accord partiel et aux fins de jugement du différend résiduel (C. pr. civ., art 1560 et 1561), L. JUNOD-FANGET, avocate au Barreau de Lyon, présidente de la commission des modes amiables de résolution des différends, AJ Famille 2013, p. 564

⁸⁴ Cf. *supra*.

⁸⁵ Cf Requête conjointe aux fins de jugement d'homologation d'un accord partiel et aux fins de jugement du différend résiduel (C. pr. civ., art 1560 et 1561), préc.

Homologation facultative. - Certains plans parentaux contiennent une clause qui envisage l'homologation par le juge, tout en précisant que cette dernière est facultative.

La Convention proposée par le site JAFland mentionne que l'homologation est possible, ainsi que ses modalités et ses conséquences : « Cette convention pourra être soumise au Juge aux affaires familiales si les parents veulent homologuer légalement le présent accord, en application de l'article 373-2-7 du Code civil : les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

De même la convention proposée par le site Documentissime (Ressources juridiques et réseau du droit) précise que l'homologation par le juge est facultative dans le titre même de la convention (annexe n°19). Un paragraphe est en outre consacré à la question de l'homologation présentée comme un choix des parents :

La convention parentale peut être soumise au Juge aux affaires familiales si les parents veulent faire homologuer leur accord. En application de l'article 373-2-7 du Code civil, les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. L'homologation de la convention par le juge aux affaires familiales se fait par requête conjointe ou d'un seul des parents (sans obligation d'avocat). Les dispositions de l'accord parental sont toujours révisables devant le juge aux affaires familiales en cas de désaccord et de survenance d'un événement nouveau dans la situation respective des parties. La convention homologuée peut également être modifiée ou complétée à tout moment par le juge, ou à la demande d'un parent. Faute de modification, cette convention s'appliquera jusqu'à ce que les enfants soient devenus majeurs et indépendants financièrement.

De même, la convention proposée sur le site de Michel Huyette prévoit :

L'homologation de cette convention par le Juge aux affaires familiales, saisi sur requête conjointe ou d'un seul des parents (sans obligation d'avocat), rendra son application obligatoire. La convention homologuée peut être modifiée ou complétée à tout moment par le juge, ou à la demande d'un parent. À défaut, cette convention s'applique jusqu'à ce que les enfants soient devenus majeurs et indépendants financièrement.

Contrôle du juge. - L'homologation de l'autorité parentale par le juge, contrairement à un enregistrement de la convention notamment par une autorité administrative, état civil ou greffe du tribunal, implique un contrôle approfondi du juge sur le contenu du plan parental.

***Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée
dans la loi relative à l'autorité parentale***

M. Mestrot

Petites affiches, 13 août 2004 n°162, p. 3

Le rôle du juge consiste principalement à veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs. Cette fonction générale est d'ailleurs inscrite sous forme de principe directeur à l'article 373-2-6 du Code civil qui commande, dans le nouveau chapitre relatif à l'autorité parentale, l'intervention du juge aux affaires familiales. L'évaluation de l'intérêt de l'enfant est souveraine et suppose une appréciation *in concreto*, dépendante de chaque cas d'espèce. Dans le cadre de cette appréciation, en vertu de l'alinéa 3 du nouvel article 371-1 du Code civil qui prévoit que « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité », le juge pourra être conduit à vérifier que cette condition a bien été respectée. Il sera de même appelé à refuser l'homologation d'une convention s'il constate que l'organisation choisie ne permet pas à « chacun des père et mère de maintenir des relations personnelles avec l'enfant » (article 373-2, alinéa 2 du Code civil) ou que certaines clauses éludent d'autres obligations parentales impératives (contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant). On déplorera néanmoins que rien ne soit expressément prévu en cas de désaccord des enfants sur la formule adoptée par ses parents.

Toujours selon le texte, au-delà de l'intérêt de l'enfant, le juge doit s'assurer que le consentement des parents a été donné librement. On pourra regretter le caractère lacunaire de la disposition car le contrôle de la liberté du consentement ne conduit, en principe, qu'à vérifier l'absence d'un vice de violence. *Quid* de la réalité et de l'intégrité du consentement ? Le juge peut-il relever le défaut de consentement, l'erreur ou le dol ? De même, le juge peut-il refuser l'homologation s'il constate que la convention préserve insuffisamment l'intérêt de l'un des parents, dans le silence du texte ? Certes, on pourra objecter que l'intérêt de l'enfant est de nature à englober celui de ses parents. Dans la pratique, le juge, au nom de l'intérêt de l'enfant, pourra refuser d'homologuer une convention si elle dispense, par exemple, un des parents de contribuer à l'entretien de l'enfant alors qu'il dispose de ressources suffisantes mais la référence à l'intérêt des parents aurait été malgré tout bienvenue.

Enfin, s'agissant des recours contre la décision homologuée ou un refus d'homologation, le silence de la loi est total et les intéressés sont renvoyés à l'exercice des recours de droit commun.

Validation d'un accord des parents. - Un nombre de décisions relativement conséquent fait état d'un accord des parents. Toutefois, sans précision particulière, on peut penser qu'il s'agit d'accords obtenus dans le cadre de la procédure par une discussion entre les parties, davantage que d'un plan parental réfléchi en amont de la procédure. Quelques exemples récents permettent de montrer que, de manière générale, les juges suivent l'accord des parties, en faisant état cependant dans certaines hypothèses d'autres éléments pour justifier la décision.

Cour d'appel d'Aix en Provence, 19 janvier 2016⁸⁶

3°) Sur la résidence des enfants et le droit de visite et d'hébergement :

En ce qui concerne, L. et C. - qui atteindront leur majorité le 24 février 2016 - il y a lieu, conformément à l'accord des parties, de fixer leur résidence au domicile du père. Il n'est pas contesté que les relations des adolescents avec V. A. se sont dégradées. Compte tenu de leur très proche accession à la majorité, il y a lieu, conformément à l'accord des parties, d'organiser au profit de V. A., un droit de visite libre. Il y a donc lieu d'infirmar sur ces points, les dispositions du jugement entrepris.

Cour d'appel de Caen, 7 janvier 2016⁸⁷

Le droit de visite et d'hébergement du père sera modifié conformément à l'accord des parties, dont le litige sur ce point se concentre uniquement sur les modalités de l'alternance pendant les vacances de Noël et d'été et la charge des transports. Les modalités de l'alternance fixées par le premier juge seront sur ce point confirmées comme étant justifiées par l'intérêt des enfants.

Cour d'appel de Paris, 5 janvier 2016⁸⁸

Madame G. fait valoir devant la cour que le père ne respecte pas les modalités qui avaient été fixées par le jugement déféré conformément à l'accord des parties, en particulier les horaires fixés pour prendre et ramener l'enfant, celui-ci venant notamment tard le soir.

Il ne peut cependant qu'être constaté que l'appelante ne verse aucune pièce à l'appui de ses prétentions.[...] Dans ces conditions, Madame G. ne justifiant d'aucun motif grave qui pourrait empêcher l'exercice d'un droit de visite sur l'enfant, celle-ci sera déboutée de sa demande aux fins de suspension du droit de visite de Monsieur D. jusqu'à la réalisation d'une enquête sociale, aussi bien que de sa demande aux fins de mise en place d'un droit de visite médiatisé. Le jugement déféré sera en conséquence confirmé de ce chef.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 décembre 2015⁸⁹

Sur les modalités de l'autorité parentale et la part contributive à l'entretien des enfants

Il convient de prendre acte de l'accord des parties sur la modification des modalités de l'autorité parentale et de fixer la résidence de l'enfant mineur, D., chez sa mère avec un droit de visite et d'hébergement pour le père organisé de manière classique comme il est précisé dans le dispositif.

⁸⁶ RG n°15/01076.

⁸⁷ RG n°15/01770.

⁸⁸ RG n°14/15391.

⁸⁹ RG n°14/21988.

Le montant de la part contributive du père à l'entretien et l'éducation de l'enfant D. sera fixé selon accord des parties à 600€ par mois.

Enfin il convient de donner acte au père de son engagement à payer les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant M., encore à charge.

Cour d'appel de Grenoble, 30 novembre 2015⁹⁰

Attendu que les parties s'accordent pour que la résidence habituelle de L. soit fixée au domicile de M. C. chez qui elle vit depuis le mois de septembre 2014 ; qu'il convient d'homologuer cet accord, conforme à l'intérêt de l'enfant ;

Attendu que les parties conviennent encore de ce que Mme DL bénéficiera d'un droit de visite et d'hébergement s'exerçant une fin de semaine sur deux ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires ; qu'elles s'opposent cependant sur le choix des fins de semaine, Mme DL sollicitant que son droit s'exerce les fins de semaines paires alors que M. C. propose que Mme DL accueille sa fille les fins de semaines impaires ; que le droit de visite et d'hébergement de Mme DL s'exercera selon les modalités arrêtées au dispositif du présent arrêt, Mme DL venant chercher l'enfant au domicile de M. C. et celui-ci venant la récupérer chez Mme DL ;

Attendu enfin que les parties s'accordent pour que la contribution de Mme DL à l'entretien et à l'éducation de L. soit fixée à 120 euros par mois ; que cet accord apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant, étant rappelé que M. C a eu un second enfant, âgé de cinq mois, avec sa compagne et qu'il exerce la profession de serveur, qui lui procure des revenus de 1800 euros par mois environ, son foyer bénéficiant en outre de 129 euros d'allocations familiales, 184 euros d'allocation Paje et 390 euros de complément de libre choix d'activité et supportant un loyer de 573 euros par mois, cependant que Mme DL n'a pas fait connaître le montant de ses revenus et charges ;

Cour d'appel de Paris, 7 février 2013⁹¹

« Homologue l'accord des parties et en conséquence, infirme le jugement et statuant à nouveau [...] »

Le juge détaille les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement sur lesquelles les parents « sont parvenus à un accord ». L'expression utilisée par la Cour ne permet pas de dire s'il s'agissait d'un plan parental ou d'un accord trouvé par les parents durant la procédure, ou juste avant.

⁹⁰ RG n°15/04589.

⁹¹ RG n°10/09398.

Cour d'appel de Douai, 29 janvier 2004⁹²

Aux termes de leurs dernières conclusions respectivement signifiés les 22 et 31 octobre 2003, S. L. et T. T. ont fait valoir qu'ils étaient parvenus à un accord sur ce point et qu'il convenait d'homologuer celui-ci, par réformation de l'ordonnance entreprise.

Qu'ils ont également exprimé leur accord sur la prise en charge par chacun d'eux de ses propres dépens.

Sur ce :

- Attendu qu'au terme de leur accord tel qu'il ressort de leurs écritures susvisées, les parties organisent le droit de visite et d'hébergement de la mère de manière particulièrement étendue et selon un rythme si précipité qu'il soulève certaines interrogations quant à sa conformité à l'intérêt de l'enfant ;

- Mais attendu qu'il convient de relever qu'au vu de leurs écritures, les parents habitent le même immeuble ce qui est de nature à faciliter grandement des déplacements de l'enfant au domicile de chacun d'eux ;

Qu'il s'agit par ailleurs d'une petite fille de 5 ans dont il n'est pas douteux qu'elle ait encore besoin de maternage et qui doit pouvoir entretenir avec sa mère des relations suivies ;

Qu'enfin toute solution consensuelle que peuvent trouver les parents à propos de l'exercice de leurs fonctions parentales doivent être favorisées dès lors qu'elles sont raisonnables car elles ont l'immense mérite de permettre à l'enfant de vivre sa relation à chacun de ses père et mère dans un climat de sérénité favorable à son équilibre ;

- Attendu que l'accord intervenu en l'espèce entre les parties ne semble nullement incompatible avec l'intérêt de l'enfant et doit donc être homologué.

On relèvera ici l'importance accordée au juge au renforcement des liens de l'enfant avec ses deux parents présumé conforme à l'intérêt de l'enfant.

Refus du juge de valider un accord parental. - Le juge exerce sur les accords parentaux un contrôle au regard de l'intérêt de l'enfant. Ce contrôle est tout à la fois légitime et indispensable dès lors que la convention concerne un tiers particulièrement vulnérable pour lequel les parents ne sauraient prendre n'importe quelle décision⁹³. On pourrait ainsi admettre l'existence d'un certain nombre de règles relatives à l'enfant auxquelles les parents ne pourraient pas déroger, ou seulement à certaines conditions et sous contrôle du juge, parce qu'elles concernent des principes fondamentaux tels que le respect de l'intégrité physique de l'enfant ou la nécessité de le faire bénéficier de certains soins ou d'un certain niveau d'études et d'éducation. On peut également s'interroger sur le caractère d'ordre public du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents ainsi que certains de ses proches comme ses ascendants ou ses frère et soeur et même de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Il faudrait, pour déroger à ces deux derniers principes, que les parents évoquent une raison particulièrement impérative. Les décisions de la Cour d'appel de Paris du 10 novembre 2004 et celle de la Cour d'appel de Metz vont dans ce sens. Même si dans le principe ces situations doivent être approuvées, on peut s'interroger sur la compatibilité à l'intérêt de l'enfant d'un exercice conjoint de l'autorité parentale symbolique et dont l'un des parents se désintéresse.

⁹² Juris-Data n°2004-267500 ; Dr. fam. 2005, n°10 p. 22, obs. P. MURAT.

⁹³ Dans le même sens J.-L. RENCHON, préc.

Cour d'appel de Paris, 10 novembre 2004⁹⁴

- Considérant que l'autorité parentale n'est pas simplement constituée de droits auxquels un parent pourrait renoncer ou dont il pourrait user à sa guise, mais obéit à une finalité définie par la loi ;

- Considérant qu'en l'espèce, le père motive sa volonté de renonciation à l'exercice commun de l'autorité parentale non par des considérations liées à l'intérêt de l'enfant, mais par son désaccord sur la manière qu'a la mère de l'exercer sans l'associer, selon lui, aux prises importantes de décisions concernant le mineur, par l'obstruction qui serait faite par la mère face à ses propres prérogatives et par sa volonté au final de laisser la mère seule face à ses responsabilités pour qu'elle assume ses propres choix avec toutes leurs conséquences ;

- Considérant que la volonté du père s'analyse non en une renonciation qui serait destinée à favoriser la sérénité de l'enfant dans un but d'apaisement d'un conflit familial, tout en continuant à exercer une surveillance plus lointaine mais néanmoins vigilante, mais en une réaction épidermique et exaspérée dirigée contre la mère, sans aucune considération pour l'intérêt de l'enfant, lequel serait susceptible de ressentir ce renoncement de son père comme une marque de désintérêt ;

Qu'au contraire Y. est en phase d'adolescence, qu'il a vécu des difficultés scolaires et comportementales, notamment au travers de petits larcins, sans doute bien plus destinés à attirer l'attention de ses parents sur lui qu'à rechercher une distanciation avec son père ; que même si la mère s'en attribue seule le mérite et que le père ne semble pas convaincu de l'utilité de sa mobilisation, il est très significatif que le jeune garçon ait connu une évolution positive justement au moment où le père s'est investi dans son rôle jusqu'à demander la résidence de l'enfant, indépendamment du fait que ce dernier ne souhaite pas en son for intérieur ce changement de résidence ;

Qu'il s'agit là d'une démonstration suffisante de ce que le père, fut-il en désaccord avec la mère sur la manière d'agir, a un rôle fort à jouer dans la construction de son fils et doit persister à se mobiliser quelles que soient les difficultés auxquelles il dit se heurter pour trouver une harmonie ;

Que dès lors, et dans l'intérêt supérieur du mineur, la cour ne peut que refuser, nonobstant l'accord des parties sur ce point, la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère seule, et maintenir l'autorité parentale en commun à l'égard de Y. ; (...)

Cour d'appel de Metz, 11 janvier 2005⁹⁵

- Attendu que les parties, se prévalant des dispositions des articles 376-1 et 373-2-7 du Code civil entendent voir donner force à leur accord concernant l'attribution exclusive au père de l'autorité parentale sur l'enfant commun L., âgée de deux ans, ainsi que sur la fixation de la résidence de l'enfant chez celui-ci ;

- Attendu qu'il convient de rappeler que les demandes des parties concernant l'autorité parentale sur l'enfant commun L. étaient les mêmes en première instance et que le juge avait refusé d'y faire droit en rappelant à juste titre qu'un accord entre les parties devait préserver suffisamment l'intérêt de l'enfant ;

⁹⁴ Juris-Data n°2004-263748 ; Dr. Fam. 2005, n°5 p. 22, obs. P. MURAT.

⁹⁵ Juris-Data n°2005-264375 ; Dr. fam. 2005, n°5 p. 22, obs. P. MURAT.

- Attendu que le Code civil en ses articles 372 et suivants pose les fondements de l'autorité parentale en rappelant le principe de l'exercice commun de cette autorité ; que sauf cas d'incapacités qui doivent être démontrés et revêtir un caractère patent de gravité, il appartient au juge de faire respecter ce principe ;

Qu'à défaut de ces exceptions, l'exercice de l'autorité parentale est autant un devoir qu'un droit pour chacun des parents ; que c'est l'intérêt de l'enfant qui prime et non celui des parents ;

Qu'un simple pacte entre ceux-ci ne saurait suffire à priver un enfant de l'autorité conjointe et attentive de son père et de sa mère ;

Que le père invoque un désintérêt manifeste de la mère ; qu'il est patent que cette dernière a quitté le domicile commun sans préavis et n'a pas par la suite revendiqué avec ardeur la garde de sa toute jeune enfant ; qu'elle ne le fait pas davantage au niveau de l'actuelle procédure ;

- Attendu qu'il est constant que les parties ne donnent aucune explication de nature à éclairer les raisons qui ont conduit la mère à adopter la solution radicale qui la fait aujourd'hui renoncer à exercer son autorité parentale ;

Que dans ces circonstances, il importe de préserver prioritairement sur l'accord invoqué, les intérêts de l'enfant en maintenant en vigueur le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale ; qu'il y donc lieu à confirmation en toutes ses dispositions de la décision frappée d'appel ; (...)

Pratique des juges aux affaires familiales. - Selon les juges rencontrés, la grande majorité des demandes d'homologation des accords parentaux sont satisfaites. Un magistrat affirme qu'en dehors de cas très particuliers (cf. *infra*) et de ceux dans lesquels l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisamment préservé, ce qui est assez rare en pratique, la volonté des parents doit primer et l'intervention du juge aux affaires familiales doit rester subsidiaire. Les parents sont les premiers responsables de l'éducation de l'enfant, hors situation de danger qui justifierait une intervention étatique, et hors litige entre eux. Après tout, s'ils ne viennent jamais devant le juge, le juge aux affaires familiales n'aura jamais à se prononcer sur les conditions de vie et d'éducation de leur enfant. En présence d'accords parentaux, le juge n'apporte le plus souvent pas de véritable « plus-value » sur la plupart des questions d'autorité parentale.

Le magistrat bordelais ne se souvient que deux refus. La convention doit, d'une part, être conforme à l'intérêt de toutes les parties et de l'enfant et, d'autre part, obtenir tous les éléments nécessaires. Or, selon un des magistrats, les conventions rédigées par les parents (même après une médiation), sont souvent mal faites. Les mentions obligatoires n'y figurent pas. Souvent les conventions sont trop courtes : elles tiennent en quatre lignes...

Le magistrat de Bayonne considère qu'un vice du consentement peut justifier un refus d'homologation, lorsque l'un des parents se trouve placé sous l'influence de l'autre, ou amené à accepter certaines modalités pour des raisons extérieures à la fonction parentale proprement dite (par lassitude, pour obtenir le divorce, pour des raisons financières...). Toutefois, il est souvent difficile de déceler ces situations. Un refus peut également être justifié par le caractère saugrenu de l'accord, intenable en pratique. Elle cite l'exemple de parents qui avaient voulu instaurer une résidence d'un enfant avec alternance tous les deux jours. Ou encore, une résidence alternée avec des domiciles éloignés de deux cents kilomètres. De même, ne peuvent être homologués des accords visant à obtenir indûment des droits auprès de la Caisse d'allocations familiales (exemple des parents qui s'accordent pour reconnaître l'état d'impécuniosité d'un des parents dont la situation

financière n'est en réalité pas obérée, et ce dans l'unique but de faire bénéficier l'autre parent de l'allocation soutien familial).

Dans la mesure où la procédure devant le juge aux affaires familiales hors divorce est une procédure orale, le juge peut reprendre les éléments de l'accord et rédiger le jugement avec les mentions obligatoires, avec les parents de manière assez rapide. Par exemple, le juge ajoute systématiquement une mention concernant la pension alimentaire avec l'indexation.

Selon un magistrat, la peur des parents du « jugement du juge » est compréhensible, car il est vrai qu'il y a une part d'aléa, puisque le magistrat dispose d'un certain pouvoir ; les parents sont souvent soulagés lorsque le juge homologue. Toutefois, il ne semble pas que cette peur soit le véritable argument pour ne pas aller devant un juge, notamment pour une homologation. Souvent, c'est plutôt parce que les parents ne veulent pas payer des frais de justice, et s'organiser pour la procédure notamment en devant poser un jour de congé pour aller à l'audience. Peut-être n'ont-ils pas tort de ne pas aller devant le juge quand tout va bien, car l'action du juge devient subsidiaire. En outre, la crainte du refus d'homologation, est un mauvais argument pour ne pas aller devant le juge, car si le juge n'homologue pas, les parents restent libres d'appliquer l'accord en sortant de l'audience, personne n'est là pour contrôler ce qui se passe dans les faits... Même lors d'un jugement contentieux, les parents peuvent ne pas appliquer la décision et s'entendre pour autre chose. La décision est subsidiaire.

Toutefois, l'un des magistrats estime que dans une situation de séparation parentale, le fait qu'un juriste donne son avis sur la convention est tout de même rassurant. En outre, la décision du juge, son homologation, fournit une base, en cas de désaccord ultérieur entre les parents ; c'est-à-dire qu'avec un jugement ou une convention homologuée, les parents peuvent s'en éloigner dans les faits, mais au moins en cas de conflit, ils ont une base pour appuyer leur pratique.

Les accords qui disparaissent en cours de procédure. - Dans la mesure où la procédure devant le juge aux affaires familiales hors divorce est une procédure orale, les parties peuvent revenir sur leur accord jusqu'au jugement. Le juge doit alors trancher en cas de désaccord soudain. Une telle hypothèse semble cependant assez rare selon les magistrats interrogés. Mais cela arrive parfois dans le cadre d'une requête conjointe : lors de la saisine, les parents se sont mis d'accord et lors de l'audience, ils ne le sont plus, notamment parce que l'accord n'a pas fonctionné en pratique, ou qu'il y a eu des changements de circonstances (par exemple un nouveau conjoint). Dans cette hypothèse, le désaccord des parents devrait en principe entraîner un désistement de l'instance et l'un des parents devrait saisir à nouveau le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une procédure contentieuse. Mais souvent, pour éviter cela, et pour éviter d'avoir à convoquer de nouveau les parents dans six mois, le juge leur demande lors de l'audience de requête conjointe, qui est demandeur et qui est défendeur... Une telle hypothèse survient parfois dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel : les parents arrivent avec leur convention rédigée et lors de l'audience, lorsque le juge vérifie que leur consentement est bien libre et éclairé, alors l'un des parents dit que finalement il ne veut plus de cet accord...

§ 2. La saisine contentieuse du juge

Il s'agit de s'interroger sur la prise en compte du plan parental par le juge dans le cadre d'une procédure initiée par l'un des parents et qui n'a pas pour objet de faire homologuer l'accord des parents.

Contrôle judiciaire. - Certaines conventions canadiennes contiennent une clause de renonciation à une action en justice dans l'accord.

Désistement des procédures judiciaires et absence de recours au tribunal

Monsieur s'engage à se désister de la procédure judiciaire en cours. Monsieur et Madame s'engagent à s'abstenir de tout nouveau recours devant le Tribunal en ce qui a trait aux contacts entre le père et les enfants. Ils ont aussi convenu que les trois enfants ne seraient pas requis de témoigner à la Cour.

Dans plusieurs conventions, on trouve une clause précisant qu'en cas de difficulté, les parents s'adresseront en priorité à un médiateur pour résoudre leur conflit. La convention proposée par le site de Michel Huyette stipule que « *les présentes dispositions sont toujours révisables devant le Juge aux affaires familiales en cas de désaccord et de survenance d'un événement nouveau dans la situation respective des parties* ».

On ne saurait admettre qu'un plan parental extrajudiciaire interdise de manière permanente aux parents de saisir le juge ; le contrôle judiciaire des conventions relatives à l'autorité parentale ne saurait être totalement supprimé, tout au plus peut-il devenir subsidiaire. En effet, « *en ce qu'elles portent sur des prérogatives exercées à l'égard d'un enfant et du fait que leurs dispositions ne peuvent être prises que dans le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant, on doit en déduire qu'elles pourront toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire, dès qu'elles seront toujours susceptibles d'être modifiées par le juge* »⁹⁶.

Absence d'obligation pour le juge de faire exécuter le plan parental. - Le plan parental est bien un accord de volontés destiné à produire des effets de droit. S'il s'agissait d'un contrat de droit commun, il devrait donc pouvoir donner lieu à une action en exécution. Pourtant, dans cette matière particulière, la force exécutoire de la convention ne peut découler que de son homologation. Madame Le professeur Rebourg⁹⁷ relève ainsi que les dispositions légales ne prévoient de conséquences juridiques que pour la convention homologuée.

Point de vue des professionnels. - Selon une avocate, il y a peu de chances pour qu'un accord qui avait été appliqué volontairement par les parents ne soient pas opposé par le juge à celui qui ne souhaite finalement plus l'appliquer. Prenant comme exemple la résidence alternée, elle affirme que quand un parent déménage pour des raisons professionnelles l'autre va se servir de l'accord pour le priver de son enfant ; l'accord permettrait au juge d'éviter d'examiner les autres éléments du dossier donc finalement de gagner du temps.

On peut envisager une action d'un des parents contre l'autre, pour non-respect d'un accord. Toutefois, l'un des deux magistrats interrogés affirme qu'elle n'a jamais été confrontée à une telle demande, qui porterait sur un accord écrit mais qu'en revanche, cela arrive sur des accords restés verbaux. Ce juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Bayonne, insiste également sur le fait que, dans l'hypothèse d'une inexécution d'un accord parental, le juge est amené à trancher le litige (en tenant compte le cas échéant de l'accord, mais pas uniquement) et non à rendre l'accord obligatoire (car ce n'est pas prévu par la loi). De plus, comme les décisions d'autorité parentale sont toujours susceptibles de modification⁹⁸, en pratique, bien souvent, le parent

⁹⁶ J.-L. RENCHON, *Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants*, in J.-L. RENCHON et F. TAIMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

⁹⁷ M. REBOURG, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant : Droit de la famille* 2004, étude 17.

⁹⁸ C. civ., art. 373-2-13 : « Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public (...) ».

auquel on tenterait d'opposer la force obligatoire du plan parental convenu par lui, pourrait, en défense, en demander la modification par le juge. Le professeur Renchon utilise à ce propos l'expression : « *force obligatoire relative* »⁹⁹ : « *le juge n'est pas lié par la convention conclue par les parties, comme il l'est, en principe, par un contrat ordinaire, et [qu'] il a le pouvoir de ne pas donner effet aux dispositions arrêtées par les parents, s'il estime pouvoir ou devoir décider en conscience, pour des motifs qu'il lui appartient d'explicitier, que les dispositions prises par les parents ne respectaient pas ou de ne respecteraient plus l'intérêt et les droits de l'enfant* »¹⁰⁰.

Prise en compte des accords parentaux par le juge. - En France, l'article 373-2-11 du Code civil prévoit que « *lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération 1° La pratique les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* ».

Dans le seul dossier de l'enquête qui a donné lieu à la saisine du juge en raison de difficultés de mise en œuvre du plan, le père trouvant que ses enfants sont « trop juifs » (selon la mère) avait décidé de ne plus respecter certaines des clauses de l'accord parental souscrit après qu'ait été rendu une décision judiciaire. Dans le plan parental, le père avait renoncé à exercer son droit de visite et d'hébergement tous les mardis soirs, finalement il n'a pas respecté cela et à imposer aux enfants (et à la mère) un droit de visite et d'hébergement tous les mardis soirs, comme le jugement de 2011 le prévoyait. En revanche, il n'est pas revenu sur la partie de l'accord qui concernait la pension alimentaire qu'il devait verser à la mère (réduite de 100€ par rapport à ce que prévoyait le jugement). La mère a saisi le juge aux affaires familiales dans le but de faire respecter l'accord parental. Le juge aux affaires familiales a ordonné des enquêtes sociales et médico-psychologiques et a refusé d'entendre l'aîné des enfants. D'après la mère, il ressortait des enquêtes des problèmes d'hygiène chez le père et des gifles régulières et sans raison par le père.

Le juge aux affaires familiales a décidé de fixer un droit de visite étendu au profit du père : du jeudi soir au lundi matin les week-ends pairs – il a estimé qu'un droit de visite en fin de semaine était perturbant pour les enfants – et d'augmenter la pension alimentaire de 300 euros par rapport à ce qui était prévu dans le plan parental. A propos de la religion, la décision prévoit que pour deux fêtes juives, les enfants seront chez la mère et que pour la 3ème, ils seront chez la mère uniquement si elle ne tombe pas pendant les vacances scolaires du père. Par ailleurs une médiation familiale doit débiter quelques mois après l'entretien (car désormais aucun dialogue n'est possible entre les parents).

La mère a eu l'impression que les pratiques antérieures n'étaient pas prises en compte (cf. la religion en l'espèce), pas plus que la parole des enfants (refus d'audition par le juge aux affaires familiales, d'où un appel en attente à l'encontre du dernier jugement). Elle estime que les plans parentaux n'ont pas de valeur aux yeux des juges.

Faux accords. - Selon un des juges aux affaires familiales rencontrés dans le cadre de l'enquête, dans les instances modificatives, les avocats prétendent parfois que leur client n'a pas véritablement consenti de manière libre et éclairée à l'accord parental et que l'autre avait un ascendant sur lui.

⁹⁹ J.-L. RENCHON, *Le règlement des responsabilités parentales après la rupture d'un couple non marié*, in *Famille sur mesure*, Bruxelles, Kluwer 2005, p. 388.

¹⁰⁰ J.-L. RENCHON, *Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants*, in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

Toutefois, dans le cadre de toute relation humaine, il y a toujours un qui a un ascendant sur l'autre. Dans les faits c'est compliqué car il faut alors prouver qu'il s'agissait d'un faux accord, et généralement les avocats n'y arrivent pas.

Une décision du Tribunal de grande instance de Libourne du 24 avril 2015¹⁰¹ illustre cette hypothèse. Le juge était saisi d'une demande du père visant à fixer une résidence alternée pour les deux enfants.

Monsieur ... prétend qu'une résidence alternée a été mise en place d'un commun accord entre les parents alors que Madame ... soutient que la résidence habituelle des enfants était chez elle depuis la séparation en janvier 2015 et qu'une résidence alternée a été imposée par le père le 15 mars en vue de la préparation de l'audience. [...].

Il ressort par ailleurs des pièces que Madame a bien quitté le domicile de la famille avec les deux enfants en janvier 2015 et qu'il n'y a pas eu d'accord pour une résidence alternée qui a été imposée en mars par le père. Celui-ci a proféré des menaces directes à l'encontre de Madame si elle ne lui laissait pas les enfants en garde alternée et en présence des enfants qui en ont été perturbés.

Jurisprudence. - Une recherche systématique dans les bases de jurisprudence (notamment Lexbase) ne permet de trouver que très peu des décisions faisant état d'un plan parental antérieur à la procédure judiciaire, alors que la référence générale à un accord des parents est relativement fréquente dans les décisions étudiées (cf. *supra*). Il faut préciser que la recherche des décisions relatives à un plan parental s'avère compliquée faute de mots-clés véritablement pertinents pour distinguer ces décisions. Il semble cependant qu'elles restent rares.

Recherche d'un accord. - Certaines décisions de cour d'appel permettent de montrer que les juges cherchent à savoir s'il existait un accord entre les parents, particulièrement lorsqu'il s'agit de trancher une question précise concernant l'éducation de l'enfant. Ainsi, dans une décision du 28 août 2014¹⁰² concernant le choix de l'établissement scolaire de l'enfant mineur par deux parents divorcés qui sont tous les deux titulaires de l'autorité parentale, la Cour d'appel de Douai a pris le soin de s'assurer qu'il n'existait pas, antérieurement au conflit, un accord parental ou une pratique parentale fixant le choix de l'établissement scolaire de l'enfant. C'est parce qu'il n'existe pas un accord caractérisé des parents sur le choix de l'établissement scolaire de l'enfant, que les juges ont sanctionné la décision unilatérale de la mère de préinscrire l'enfant dans une école catholique sans s'assurer que le père avait donné son accord.

Place de l'accord parental dans le contentieux. - En réalité, cinq décisions seulement font réellement état d'un plan parental :

Dans l'arrêt du 17 novembre 2014, la Cour d'appel de Limoges¹⁰³ se réfère expressément à un plan parental pour fonder leur décision conformément à celle des premiers juges :
« Attendu que c'est par une exacte appréciation de la situation juridique et des éléments de

¹⁰¹ RG n°15/00099.

¹⁰² AJ fam. 2014, p. 556 obs. E. BAZIN.

¹⁰³ RG n°13/01522.

fait qui lui étaient soumis, que les premiers juges, par des motifs très circonstanciés et pertinents que la Cour adopte expressément, ont débouté Mme Manon X... de ses demandes, estimant pour l'essentiel qu'en l'état, Stephen Y... était juridiquement le père de l'enfant, qu'il exerçait son droit de visite et d'hébergement sur l'enfant conformément à l'accord intitulé Partager la garde de Simon conclu le 16 août 2008 entre les parties, en présence de 4 témoins, et dans lequel, il convient d'ajouter tel que l'a relevé le conseiller de la mise en état, que M. Y... y était dénommé « le papa de Simon », et qu'enfin, il se considérait comme étant le père de l'enfant et était vécu comme tel par l'entourage ».

Le premier juge avait constaté que le droit de visite et d'hébergement du défendeur « s'exerçait et se déroulait convenablement conformément à l'acte sous seing privé signé entre Manon X... et ce dernier ».

L'arrêt de la Cour de Grenoble du 16 septembre 2014¹⁰⁴, concerne l'hypothèse d'un accord parental remis en cause par un changement de domicile de la mère mais également par le défaut de respect de la convention par cette dernière.

Par jugement en date du 29 janvier 2010, le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Bourgoin-Jallieu (Isère), a homologué la convention entre les parents prévoyant notamment une résidence alternée.

Par jugement en date du 22 octobre 2010, la demande aux fins de modification de la résidence alternée présentée par Madame J. était rejetée et une mesure de médiation était mise en place, permettant aux parties de trouver un accord sur les points de litige, accord homologué par décision du 17 juin 2011.

Par requête reçue au greffe le 17 octobre 2011, J. a saisi le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande instance de Bourgoin-Jallieu (Isère) pour obtenir l'arrêt de la résidence alternée et le transfert de la résidence habituelle des enfants auprès d'elle. Elle a fondé sa demande sur l'état de ses enfants, et sur l'attitude du père qui était selon elle dénigrante à son égard.

Après débats à l'audience du 6 janvier 2012, le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Bourgoin-Jallieu (Isère) a rendu un jugement le 20 janvier 2012 dont le dispositif est le suivant : 'Vu les jugements en date des 29 janvier 2010, 22 octobre 2010, 17 juin 2011, Deboute Madame J. de l'intégralité de ses demandes,

Condamne Madame J. à payer à Monsieur O. la somme de 800 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

Condamne Madame J. aux dépens,

Rejette toutes demandes plus amples ou contraires."

On peut penser que l'acharnement de la mère à demander la fin de la résidence alternée, fondée sur un accord des parents, est sanctionné par le juge. Par la suite, la mère demandera à nouveau la résidence des enfants chez elle en arguant de son déménagement ; le juge, approuvé par la Cour d'appel de Grenoble, fixera la résidence des enfants chez le père sans se référer à l'accord de départ, ce qui est logique puisque son objet principal, la résidence alternée, n'était plus possible.

¹⁰⁴ RG n°14/01064.

Cour d'appel de Bourges 21 janvier 2016¹⁰⁵

Dans cette décision, après avoir rappelé la liste des critères que le juge doit prendre en considération énumérés par l'article 373-, la Cour d'appel accueille la demande du père sans viser l'accord des parents comme fondement de sa décision.

Vu les conclusions de Monsieur S., intimé, transmises par voie électronique le 23 juillet 2015, tendant à voir confirmer la décision déferée et à voir juger que Madame D. bénéficiera d'un droit médiatisé, conformément à l'accord de médiation signé entre les parties le 22 avril 2015, et selon l'organisation mise en place par le Relais Enfance et Famille de Bourges.

La décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence valide un point relatif à la scolarisation de l'enfant sur lequel les parents se sont accordés et pour lequel le père a rédigé ce qui est nommé un certificat. La Cour considère alors que la demande de la mère portant sur le même point est sans objet, laissant ainsi entendre que si les parents se sont mis d'accord sur cette question de la scolarité de l'enfant, le juge n'a pas à intervenir, même pour l'homologuer.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 19 janvier 2016¹⁰⁶

4°) Sur la demande aux fins de radier l'enfant D. de l'école primaire Maria Fabry à la Ciotat, et de l'inscrire à l'école Cité Azoulay, 21 Rue Raphaël à Marseille :

Il résulte de la pièce n°46, communiquée par l'intimé, que celui-ci a rédigé le 22 octobre 2015 un écrit, intitulé « certificat », dans lequel, il atteste accepter la volonté de V. A. de scolariser l'enfant auprès de l'école Azoulay, à Marseille et '*renoncer à sa scolarité sur la Ciotat*'. La demande présentée par V. A. est donc sans objet.

La décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, vient préciser, si besoin était, que l'accord des parents ne peut s'imposer que sur les points qu'il a réglés.

Cour de cassation, 10 juillet 2007

n° de pourvoi: 07-10190 ; Publié au bulletin

Attendu que l'enfant L. est née le 7 juin 2000 de l'union de Mme X... et M. Y... ; que la famille a fixé sa résidence habituelle au Canada ; qu'après leur séparation, M. Y... a saisi le tribunal de Montréal d'une demande tendant à organiser la garde de sa fille ; que la juridiction canadienne a, le 25 novembre 2005, homologué un accord "intérimaire" des parents confiant provisoirement L. à sa mère et organisant les droits de communication de l'enfant avec son père ; qu'à l'issue d'un déplacement effectué en France, courant janvier 2006, avec l'enfant, la mère n'a pas regagné sa résidence habituelle ; que le 30 janvier 2006, la juridiction canadienne a confié la garde de l'enfant au père et ordonné à la mère, non-comparante, de ramener sa fille au Canada ; que le procureur de la République près le tribunal de grande

¹⁰⁵ RG n°15/00158.

¹⁰⁶ Préc.

instance de Toulouse a saisi le juge aux affaires familiales d'une demande de retour en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; [...]

Mais attendu que, selon l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a eu lieu en violation d'un droit de garde, exercé de façon effective ou qui aurait pu l'être, attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement et que ce droit de garde peut résulter d'une décision judiciaire ou administrative, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat ; qu'ayant retenu, d'une part que, l'exercice de l'autorité parentale étant conjoint et la mère ne disposant pas d'un droit de garde exclusif, celle-ci n'avait pu modifier unilatéralement, en l'absence de consentement du père, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant fixé au Québec, d'autre part, que l'accord intervenu entre les parents le 25 novembre 2005 et homologué par la juridiction canadienne, avait pour seul objet de régir les relations entre les parties dans l'attente d'une décision sur le fond, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que le déplacement de l'enfant était illicite ; que dès lors, l'intérêt de l'enfant étant de regagner l'Etat de sa résidence habituelle dans l'attente de la décision au fond sur l'autorité parentale, la cour d'appel a ordonné à juste titre son retour au Canada ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens

Modification de l'accord par le juge. - La loi française prévoit que le juge puisse modifier ou compléter les accords parentaux, mais seulement dans sa forme de convention homologuée (C. civ., art. 373-2-13). Le professeur Rebourg note ainsi que « *le rôle du juge dans la modification constitue une exception au droit commun des contrats justifiée par le contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant et par l'homologation elle-même* »¹⁰⁷. Faut-il en déduire que, hors homologation, le juge ne peut intervenir pour modifier le plan parental ? Il ne semble pas, car ce plan n'a de valeur entre les parents que tant qu'un des deux n'en demande pas la modification devant le juge. Cette modification peut être demandée par les deux parents, qui feront alors homologuer un nouvel accord, ou par l'un d'entre eux, mais cela revient alors à une remise en cause de l'accord parental devant le juge.

¹⁰⁷ Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, Dr. famille 2004, étude 17.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Difficulté d'accès aux plans parentaux extra-judiciaires. - Le premier enseignement de cette recherche est la difficulté de mesurer et d'analyser les plans parentaux extra-judiciaires qui, par hypothèse et par essence, sont conclus et mis en œuvre dans le cadre privé, voire intime, par des personnes souhaitant éviter le recours à l'autorité judiciaire. Ainsi, l'appel à témoin, pourtant largement diffusé, n'a eu qu'un succès limité, même si finalement vingt couples ont pu faire l'objet de l'étude. Mais il faut noter que parmi les parents interrogés au moins sept d'entre eux étaient une connaissance, plus ou moins proche, d'un membre du centre de recherche. On peut penser que les personnes concernées sont intéressées par la question mais n'ont pas pour autant envie de parler de leur propre expérience, comme en témoigne le fait que cent trente-cinq personnes suivent la page Facebook créée pour l'enquête tandis que le compte Twitter, qui a donné lieu à quatre cent quinze tweets ou retweets, compte cinquante-cinq abonnés, alors que seulement un dixième d'entre eux s'est manifesté pour témoigner.

Recrudescence des plans parentaux extra-judiciaires. - On ne peut cependant déduire de cette faible réponse à l'appel à témoin l'absence d'intérêt ou de pratique pour les plans parentaux extrajudiciaires.

Il semble au contraire se dessiner une tendance très nette vers un recours plus fréquent à ce mode d'organisation des relations de l'enfant avec ses parents séparés, même si elle n'est quantitativement pas établie par cette recherche. Cette pratique qui était en effet quasiment inconnue il y a peu, est devenue relativement fréquente si l'on en juge par les témoignages des parents, des professionnels mais également des écrits sur le sujet.

Contexte favorable. - Cette recrudescence évidente, quoique difficile à quantifier, des plans parentaux extra-judiciaires, s'inscrit dans une évolution plus générale en faveur des règlements non contentieux des difficultés rencontrées par les personnes, les couples et les familles. Sans doute, la privatisation du droit de la famille n'est-elle pas non plus étrangère à l'intérêt grandissant des parents qui se séparent pour un règlement privé de la situation, sachant qu'un tel règlement est inéluctable, les parents ne pouvant s'abstenir de prendre au moins un certain nombre de décisions concernant la manière dont l'enfant va vivre après la séparation. Le fait que le nombre de séparations augmente influe évidemment sur le recours aux plans parentaux. En effet, la séparation des parents étant en quelque sorte banalisée et moins dramatique, il est logique que soient apportées aux difficultés qu'elle suscite, des réponses plus simples et plus accessibles pour les parents.

La recrudescence des plans parentaux extra-judiciaires s'explique également par la faveur de la législation contemporaine pour les accords parentaux dans le règlement des effets, pour les enfants, de la séparation parentale. Ainsi, dans cette matière, les accords sont autorisés et mêmes encouragés par la plupart des législations, notamment européennes mais aussi canadiennes, car ils présentent « *le grand avantage de pouvoir envisager, jusque dans le détail, toutes les incidences pratiques de la séparation et de la nouvelle définition des droits parentaux de chacun* »¹⁰⁸. L'article 373-2-9 du Code civil français renvoie ainsi à l'article 373-2-7 du même code, qui prévoit l'homologation par le juge d'une convention par laquelle les parents organisent les modalités d'exercice de l'autorité

¹⁰⁸ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 281.

parentale. Certaines législations étrangères n'ont pas hésité à aller plus loin, en consacrant les plans parentaux extra-judiciaires comme des modes de règlement possibles (Belgique), voire obligatoires (Pays-Bas), des effets de la séparation. Cette dernière attitude contraignante paraît quelque peu excessive, tant la bonne volonté des parents paraît essentielle pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan parental. En revanche, la possibilité de souscrire un tel plan et sa reconnaissance officielle semblent souhaitables et opportunes si l'on veut favoriser ce mode de règlement des effets des séparations parentales. Cette prise de position résolument favorable à une meilleure reconnaissance des plans parentaux extra-judiciaires est fondée sur les résultats de la recherche et particulièrement sur les pratiques dont ont fait état les parents interrogés.

Appréciation générale positive. - Les parents entendus ont en effet pour la plupart trouvé de nombreux avantages à l'accord parental extra-judiciaire, comme le montre d'ailleurs le fait que sur les vingt plans parentaux mis en place, dix-sept étaient toujours actifs au moment des entretiens et que l'un d'entre eux n'est plus effectif qu'en raison de la majorité des enfants auxquels il s'appliquait.

Parmi les principaux avantages des plans parentaux extra-judiciaires, six parents citent l'absence de procédure judiciaire et quatre la liberté qu'ils permettent. Six parents évoquent la souplesse de ces plans et leur adaptabilité dans le temps. La simplicité et la rapidité de ce mode de règlement des effets de la séparation parentale sont également citées par trois parents. Quatre parents mettent en avant le fait que les accords parentaux leur ont permis de rester maîtres de la situation et de l'organisation des relations familiales, un autre parent évoquant le caractère intime des difficultés de couple que les plans permettent de régler. Un autre parent affirme qu'un accord amiable ne peut que mieux fonctionner qu'une décision imposée par un juge. Un parent considère de manière particulièrement intéressante que les plans parentaux extra-judiciaires « remettent les parents sur un pied d'égalité », ce qui est confirmé par le contenu des plans parentaux qui semble répartir les prérogatives de chacun des parents de manière plus égalitaire que les décisions de justice (cf. *infra*).

Pour quatre parents, les plans parentaux permettent d'éviter le phénomène de lutte qu'implique le recours au juge (et à l'avocat). Enfin, un parent considère que le plan parental permet d'avancer, de se reconstruire après la séparation et un autre que l'enfant se construit à travers l'accord de ses parents.

Vingt et un parents sur les vingt-quatre interrogés affirment qu'ils recommanderaient à d'autres parents d'essayer de s'entendre à l'amiable (deux n'ont pas répondu et un seul ne le recommanderait pas car il y a eu « trop d'espoirs vains »).

Ainsi, les avantages des plans parentaux extra-judiciaires sont nombreux et diversifiés selon les parents interrogés. On peut principalement retenir qu'ils sont **plus favorables à des relations apaisées entre les parents, donc avec l'enfant, et qu'ils permettent aux parents une liberté et une souplesse très supérieures à celles que pourrait procurer une décision judiciaire**. On constate que non seulement les plans en tant que mode de règlement des effets de la séparation parentale s'inscrivent dans un contexte non conflictuel et égalitaire, mais qu'ils contiennent et favorisent des relations entre l'enfant et chacun de ses parents qui sont plus souples et elles aussi plus égalitaires. De manière générale et sans doute est-ce finalement l'essentiel, il semblerait que **les plans parentaux, extra-judiciaires en particulier, aillent dans le sens d'un renforcement des relations de l'enfant avec chacun de ses parents séparés**. Il semble que dans la plupart des cas, **le fait d'avoir un accord incite les parents à discuter, à négocier pour adapter leurs arrangements notamment si les circonstances changent**. Peu de parents en viennent finalement à saisir le juge pour faire trancher leur conflit. Il est important de noter qu'**aucun des plans étudiés ne prévoit une renonciation d'un parent à ses droits** (exercice de l'autorité parentale ou droit de visite et d'hébergement), conformément aux dispositions légales. Ces dispositions légales semblent devoir être maintenues sauf à préciser dans le texte que cette renonciation ne peut avoir lieu en

dehors d'un cadre judiciaire. **Une telle renonciation pourrait être envisagée de manière très exceptionnelle lorsque des circonstances particulières l'exigent** (éloignement, incarcération longue, maladie empêchant l'exercice de certains droits parentaux, etc.). Il conviendrait alors de faire **homologuer cette renonciation par le juge qui vérifierait qu'elle est bien conforme à l'intérêt de l'enfant**.

Le parent qui renonce pourrait de toute façon saisir le juge pour se voir rétabli dans ses droits en cas de changement de circonstances, les parents pouvant également faire cesser la renonciation par un accord de volontés. Le plan parental ne pourrait porter que sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, mais ni sur sa titularité, ni sur le principe même de son exercice.

Majoritairement, les parents (quinze) expliquent que dans la mesure du possible, ils procéderaient de la même manière s'ils devaient revivre une situation de séparation conjugale avec enfant. Certains (trois) ont expliqué qu'ils auraient peut-être, cependant, recours à l'autorité judiciaire, notamment pour une homologation, car l'accord extrajudiciaire n'était pas très sécurisant.

Conditions du plan parental. - Pour parvenir à construire un véritable accord parental extrajudiciaire, les parents s'accordent pour dire qu'il faut un minimum d'entente et de communication entre les parents (onze parents), qu'il faut avoir confiance (quatre parents), la médiation pouvant permettre de restaurer cette confiance, le cas échéant. La médiation est en effet incontestablement une aide à l'élaboration du plan par les parents, ce qui justifie qu'elle soit le plus accessible possible, sans pour autant en être une condition nécessaire. Quatre parents expliquent que dans le cadre d'un plan parental, il faut réussir à dépasser le conflit de la séparation pour faire primer l'intérêt de l'enfant et se concentrer sur ce qu'il y a de meilleur pour lui. Cette condition qui constitue également un objectif du plan parental est reprise par toute la littérature sur le sujet, qu'elle soit doctrinale ou émane d'autorités publiques, notamment canadiennes. En effet, « *continuer à élever ensemble un enfant après la séparation, faire prévaloir son intérêt sur le conflit, sont des objectifs à atteindre. Souvent le chemin est parsemé d'obstacles, mais le plan parental peut aider à les franchir* »¹⁰⁹.

Pour que l'accord fonctionne, il semble nécessaire que les deux parents en aient la volonté (trois parents), qu'ils soient honnêtes, de bonne foi (deux parents). Un parent précise qu'il faut se départir de ce que peuvent dire la famille, les proches, laissant entendre que le conflit reste encore parfois le mode normal de règlement des effets d'une séparation. En ce sens, on notera que le principal échec relevé dans l'étude est dû au fait (selon la mère) que le père était de mauvaise foi et qu'à la suite d'une évolution personnelle il a adopté une attitude agressive et contestatrice qui a finalement mené les parents à saisir le juge aux affaires familiales pour statuer sur leurs différends.

Il faut ajouter qu'il ressort de l'ensemble de l'étude que l'une des conditions essentielles pour qu'un plan parental soit élaboré et fonctionne, est **le respect par chacun des parents des droits de l'autre et même plus avant, le sentiment très clair de la nécessité de favoriser le maintien et le développement des relations de l'enfant avec l'autre parent**. On notera que dans plusieurs entretiens, des parents, et particulièrement des mères, ont mis en avant leur volonté de favoriser et de renforcer les relations de l'enfant avec l'autre parent. Le taux de résidence alternée relevé dans l'étude, nettement supérieur à la moyenne nationale, corrobore cette analyse, de même que les évolutions de certaines situations vers un partage plus égalitaire du temps de l'enfant entre ses parents.

Portée limitée du plan parental extra-judiciaire. - Dix parents ont souligné, pour la regretter, **l'absence de force exécutoire et donc de valeur juridique du plan parental extra-judiciaire**. Sur ce point, l'enquête a montré que les parents étaient bien informés de cette portée limitée du plan

¹⁰⁹ V. CHAUVÉAU, Le plan parental, un outil de coparentalité, AJ fam. 2013, p. 269.

parental. Ainsi la souplesse, la liberté que confèrent les accords parentaux conclus dans un cadre purement privé, ont pour revers de la médaille leur défaut de portée officielle tant entre les parents que parfois à l'égard des tiers. Cette caractéristique est sans aucun doute l'inconvénient majeur des plans parentaux, ce qui peut être de nature à décourager les parents d'y recourir et qui provoque chez certains de ceux qui l'ont mis en place une certaine insécurité.

Aide à l'élaboration et au fonctionnement du plan parental. - Trois parents ont évoqué le fait qu'il faut faire des compromis pour déterminer le contenu du plan parental et le faire fonctionner, et qu'à ce titre les discussions peuvent parfois être épuisantes. Une mère affirme que le plan parental implique de choisir et qu'il est alors difficile de savoir si l'on fait les bons choix pour les enfants.

Trois autres parents ont d'ailleurs exprimé le besoin d'améliorer le système, notamment en **accompagnant davantage les parents et l'enfant**.

Recommandations. - Dans la perspective de favoriser les plans parentaux dont les avantages paraissent évidents, il paraît nécessaire de limiter leurs inconvénients. Au regard des enseignements de la recherche, constituée à la fois d'une enquête auprès de parents mais aussi de différents professionnels, de l'étude d'exemples étrangers, et de réflexions théoriques, on peut sans aucun doute envisager une évolution de la législation et/ou de la réglementation pour que les plans parentaux extra-judiciaires fassent l'objet d'une **meilleure reconnaissance**, comme c'est déjà le cas en Belgique.

Cette reconnaissance pourrait se traduire par plusieurs innovations qui ne paraissent pas nécessiter des modifications majeures du droit positif :

- le fait de **viser formellement dans la loi les plans parentaux extra-judiciaires et la possibilité pour les parents d'y recourir** ;
- le **renforcement de l'accès des parents à un accompagnement de l'élaboration de leur plan parental par le recours gratuit à un médiateur et à un avocat** ;
- l'**incitation à formaliser par écrit les plans parentaux** ;
- la **proposition de modèles ou trames complets et précis sur un site public officiel** ;
- l'**enregistrement possible des plans parentaux extra-judiciaires** ;

Ces différentes propositions appellent quelques précisions.

Référence aux plans parentaux dans les textes. - La référence dans la loi aux plans parentaux extra-judiciaires pourrait avoir des effets informatif, pédagogique et sans doute incitatif non négligeables. Elle permettrait **d'informer à la fois les parents et les professionnels concernés de la possibilité de recourir à ce mode de règlement des effets de la séparation parentale**. Ainsi, certains parents qui ne l'avaient pas envisagé pourraient réfléchir à la possibilité de souscrire un plan parental. L'exemple de la Belgique est sur ce point intéressant. Un texte français pourrait reprendre, tout en l'adaptant notamment du point de vue de la formulation, la loi belge du 21 février 2005 affirmant que les différends entre les père et mère à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale peuvent faire l'objet non seulement d'une médiation mais également d'un « *accord de médiation* » concernant « *leurs engagements précis* », qui devra être daté et signé par eux, sans qu'ils soient obligés de le faire homologuer par un juge¹¹⁰. Il serait également très opportun de préciser, dans certaines dispositions réglementaires, la possibilité de recourir à un plan parental et le fait que ce dernier est opposable aux tiers et particulièrement aux administrations, à l'instar de la disposition belge qui permet aux parents ayant choisi l'hébergement partagé de l'enfant de bénéficier chacun pour moitié d'une exemption d'impôt en fournissant à l'administration fiscale, soit une

¹¹⁰ J.-L. RENCHON, Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants. 7^e journée d'études Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 2015.

décision de justice, soit la copie d'une convention enregistrée ou homologuée par un juge, dans laquelle il est mentionné explicitement que l'hébergement des enfants est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables. Une disposition de ce type pourrait être déclinée dans les différents textes qui prévoient des prestations ou impositions liées à la prise en charge de l'enfant (logement, scolarité, prestations familiales, etc.).

Formalisme. - Pour ce qui est de la dénomination, il serait souhaitable qu'une harmonisation ait lieu et que le recours à l'expression *Plan parental*, déjà utilisée au Canada et aux Pays-Bas, soit favorisé.

Quant à la forme de l'accord, alors que trois parents ne sont pas favorables à l'écrit, trois autres ont au contraire expliqué qu'ils souhaiteraient un écrit alors même que leur accord était resté verbal pour l'un d'entre eux. L'analyse faite par les parents est que l'engagement est plus souple lorsqu'il demeure verbal, et plus ancré et sécurisant lorsqu'il est écrit. Il n'en reste pas moins que le recours à l'écrit est préférable en ce qu'il donne à l'accord une portée plus grande pour les parents eux-mêmes et surtout qu'il facilite la preuve du plan parental à l'égard des tiers. L'écrit paraît en outre préférable pour constituer une base de référence à laquelle les parents pourront revenir en cas de difficulté, ou pour la faire évoluer. Enfin, l'écrit est une condition nécessaire à tout enregistrement du plan parental (cf. *infra*). Toutefois, cette forme écrite ne doit être soumise à aucun formalisme pour en faciliter l'accès et la modification. On pourrait cependant continuer à admettre l'existence et la mise en œuvre d'accords parentaux purement oraux, sachant qu'une évolution vers la forme de l'écrit reste toujours possible.

Accompagnement des parents. - L'accompagnement des parents pour l'élaboration et la mise en œuvre de leur plan parental n'est certes pas indispensable, mais il est susceptible de simplifier et de sécuriser leur démarche. Il permet en effet à la fois de favoriser la négociation entre eux mais également d'obtenir un accord plus complet et précis sur le fond, les parents seuls ne songeant pas à prévoir certaines questions que le tiers, médiateur ou avocat, pourrait leur suggérer. En outre le recours à un tiers peut dans certains cas constituer une garantie contre l'emprise qu'un parent pourrait être tenté d'exercer sur l'autre. Dans le cadre de la mise en œuvre du plan parental, il semble que le recours à un tiers, notamment dans le cadre de la médiation, constitue un moyen de pérenniser le plan et de favoriser son adaptation à l'évolution des circonstances dans lesquelles il s'applique.

La faveur pour l'accompagnement des parents par des professionnels dans le cadre des plans extra-judiciaires passe par un accès gratuit ou peu coûteux aux services de ces professionnels. Ainsi convient-il de **généraliser la médiation conventionnée et d'instaurer une aide judiciaire pour permettre aux parents d'accéder aux conseils d'un avocat au moment de l'élaboration de leur plan parental ou lorsqu'ils sont confrontés à des difficultés de mise en œuvre de celui-ci.**

En outre, le renforcement de l'accompagnement des parents par des professionnels dans le cadre des plans extra-judiciaires nécessite d'améliorer la formation de ces derniers à la fois sur la manière de négocier un plan parental et sur le contenu de ce dernier. Cette formation concernerait à la fois les médiateurs (pour la plupart déjà formés sur ces différents points) mais également les avocats qui souhaiteraient s'inscrire dans cette démarche. On pourrait imaginer que **l'aide financière (conventionnement ou aide judiciaire) qui pourrait être octroyée aux parents pour se faire accompagner par un professionnel dans le cadre de l'élaboration de leur plan parental soit subordonnée à la délivrance d'une homologation du professionnel justifiant d'une formation et/ou d'une pratique en matière de plans parentaux extra-judiciaires.**

Modèle de plans parentaux. - L'exemple du Canada montre qu'il est opportun de fournir aux parents **un modèle, ou du moins une trame de plan parental, facilement accessible, complet et précis, contenant des exemples concrets.** L'ensemble des difficultés rencontrées par les parents

dans la mise en œuvre de leur plan parental mettent en effet en exergue l'importance d'envisager le plus de choses possibles en amont, d'instaurer une discussion sur l'exercice de l'autorité parentale de manière générale. Le modèle doit être le plus complet possible tout en précisant que les parents ne doivent pas obligatoirement reprendre tous les items qu'il propose et qu'inversement des questions non abordées par le modèle peuvent être incluses dans le plan. Il faut en outre garder à l'esprit, en proposant ce modèle aux parents, que la formalisation du plan parental est utile dans les rapports des parents entre eux mais également dans les rapports des parents avec les tiers. Certaines précisions peuvent ainsi être apportées dans le seul but de les rendre opposables aux tiers.

Un tel modèle pourrait ainsi figurer sur le **site du Service public en accès libre**.

Il pourrait comporter les éléments suivants :

*** Une partie introductive** contenant :

- un rappel de la **définition légale de l'autorité parentale en tant que droit-fonction**, tournée vers l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- le rappel de **l'impossibilité pour les parents de renoncer à leurs droits parentaux par un accord de volontés privé** ;
- un rappel de la **signification de l'exercice conjoint de l'autorité parentale** – dont il doit être rappelé qu'il est le principe en droit français – et de la nécessité de la prise en commun de toutes les décisions d'autorité parentale (et pas seulement des décisions importantes) ;
- un rappel de **l'obligation légale pour les parents d'associer l'enfant à la décision**, selon son âge et son degré de maturité ;
- une sorte de « **code de bonne conduite** » entre parents, incluant en particulier une clause de non-médiance en présence des enfants ainsi qu'un engagement des parents à communiquer entre eux et à s'informer réciproquement de la situation de l'enfant.

*** Une partie relative aux relations de l'enfant avec chacun de ses parents** contenant :

- **l'organisation en détail de l'hébergement de l'enfant** particulièrement lorsque le choix est fait d'un hébergement partagé (amplitude, moment et lieu de l'alternance en période scolaire et en période de vacances ainsi que pour les jours particuliers : fériés, de fêtes ou d'anniversaire) ;
- **l'organisation en détail des relations de l'enfant avec le parent non hébergeant** lorsque le choix a été fait d'une résidence chez l'un des parents en précisant que le droit de visite et d'hébergement consistant en un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires n'est qu'une pratique, qui n'est en rien obligatoire et que les parents sont libres de décider de relations différentes et plus étendues de l'enfant avec le parent non hébergeant ; des précisions peuvent être proposées aux parents concernant le moment, le lieu et la manière dont l'enfant se rendra chez le parent titulaire du droit de visite, sur la manière dont le droit de visite peut être adapté aux jours particuliers : fériés, de fêtes ou d'anniversaire.

*** Une partie relative aux décisions relatives à l'enfant** contenant des précisions sur les modalités de prise de décision en rappelant que si les parents doivent en principe prendre ensemble les décisions relatives à l'enfant, une **présomption d'accord** leur permet de faire certains actes usuels, et qu'il convient de **mentionner les actes dont les parents ne souhaitent pas qu'ils soient réalisés par un seul d'entre eux** ; les parents peuvent également se répartir les actes usuels relatifs à l'enfant (suivi médical courant, gestion des compétitions sportives ou de toutes autres activités).

Certaines questions doivent au moins être envisagées par les parents qui peuvent, soit prendre une décision sur le fond mentionnée dans le plan parental (ex. : lieu de scolarisation), soit préciser dans le plan parental quand et comment ils prendront la décision relative à telle ou telle question. Les principales questions qui doivent être envisagées par les parents (sans forcément qu'ils en traitent dans le plan parental) sont la scolarité, les activités culturelles et sportives, la santé, la

religion, les relations de l'enfant avec les tiers particulièrement un éventuel beau-parent, les déplacements de l'enfant. Il serait également opportun que les questions relatives aux documents et effets de l'enfant (papiers d'identité, carnets de santé et livret scolaire) soient abordées dans le plan parental. Il convient d'une part de prévoir quel parent les conserve, avec des copies éventuelles pour l'autre, et de convenir que ce dernier pourra les obtenir lorsqu'il en aura besoin. Il peut en outre être conseillé aux parents d'envisager le cas échéant, les modalités de gestion de situations particulières (par exemple une maladie chronique ou handicap de l'enfant) ou de caractéristiques familiales (couple mixte, parent ayant des liens particuliers à l'étranger etc.). Si l'enfant possède un patrimoine, une clause pourrait prévoir les modalités de sa gestion.

*** Une partie relative aux questions financières et matérielles.** Il doit être précisé qu'en principe les parents contribuent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant de manière proportionnée à leurs ressources respectives et que, dans cette perspective, la résidence alternée n'est pas exclusive d'un versement par le parent à l'autre d'une pension alimentaire. Il faut en outre rappeler aux parents que la loi prévoit que cette contribution à l'entretien de l'enfant peut prendre la forme d'une **pension alimentaire ou celle de la prise en charge de certaines dépenses**. Lorsque les parents prévoient une pension alimentaire, il faut qu'ils prévoient son montant et son indexation. Si on peut informer les parents qu'il existe une table de référence en la matière, il faut leur préciser qu'il n'est pas obligatoire. A la place, ou en plus, de la pension alimentaire, les parents peuvent prévoir la répartition d'un certain nombre de dépenses.

Dans le cadre de la partie relative aux questions financières et matérielles, il est opportun que les parents désignent le **bénéficiaire des différentes prestations familiales** ainsi que le **rattachement fiscal** de l'enfant, étant précisé que la loi permet un partage du bénéfice de certaines prestations ainsi que le partage de la part que l'enfant implique d'un point de vue fiscal.

*** Une partie sur l'enregistrement du plan, sa portée obligatoire, son évolution et les difficultés d'application** qu'il peut entraîner.

Cette partie dépendra de l'évolution du droit en matière de reconnaissance des plans parentaux extra-judiciaires.

En l'état actuel du droit positif, le plan pourrait rappeler qu'en l'absence d'homologation judiciaire, la portée obligatoire du plan est limitée, même s'il constitue au moins un engagement moral, et que la loi prévoit que le juge tient des accords parentaux lorsqu'il statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Si un enregistrement est organisé par le législateur, le plan en précisera les modalités et la date. Il précisera en outre que **les parents sont contraints de respecter les clauses du plan et qu'ils ne peuvent unilatéralement décider de le modifier, sauf changement de circonstances qui ferait disparaître sa conformité à l'intérêt de l'enfant**. Dans cette hypothèse, soit les parents arrivent à un accord pour modifier le plan, soit l'un d'eux saisit le juge pour qu'il apprécie la nécessité de modifier le plan eu égard au changement de circonstances. Pour éviter une contrariété à la prohibition des engagements perpétuels (ou de très longue durée), le plan pourrait être prévu pour avoir une durée limitée (par exemple trois ans) et être renouvelé tacitement.

Il pourrait par ailleurs être suggéré aux parents de prévoir que le plan est révisable à tout moment, par un accord de volontés même oral, ponctuel ou permanent et que, par ailleurs, cette révision devra intervenir à intervalles réguliers et/ou en cas de survenance d'un événement particulier concernant l'enfant (maladie, difficultés scolaires, etc.) ou les parents (remise en couple, déménagement, changements professionnels, maladie etc.).

Une clause du plan pourrait prévoir qu'en cas de conflits entre les parents ou/et de difficultés d'exécution du plan, les parents s'engageraient à **tenter de trouver une solution amiable, éventuellement avec l'aide d'un tiers** qu'ils pourraient même désigner par avance.

Enregistrement des plans parentaux extra-judiciaires. - Pour adapter le droit positif aux attentes des parents et éviter un recours au juge, il faudrait envisager la possibilité de donner force obligatoire aux plans parentaux extra-judiciaires sans passer par une procédure judiciaire. Il s'agirait d'abord de **rendre le plan opposable aux tiers, à qui son contenu s'imposerait**. Il s'agirait ensuite de **rendre le plan obligatoire entre les parents, même si ceux-ci pourraient toujours saisir le juge pour que soient prises des mesures différentes si les circonstances l'exigent**. Mais la nouveauté résiderait dans le fait qu'**en l'absence de motifs particuliers de modifier le contenu du plan, motifs qui ne pourraient consister que dans un changement de circonstances ou un défaut de conformité du plan à l'intérêt de l'enfant, le plan parental ne pourrait être modifié par le juge**. Il s'agirait ainsi de renforcer l'obligation du juge de respecter les accords parentaux, qui n'est pas très claire dans le droit positif. L'important est qu'un parent ne pourrait impunément décider unilatéralement, sans motif tenant à l'intérêt de l'enfant, dûment établi, de ne plus respecter le plan parental (cf. *infra* pour l'inexécution du plan).

Dans cette perspective, pourrait être prévu un **enregistrement ou une certification du plan par une administration**, notamment le service de l'état civil ou encore le greffe du tribunal d'instance ou de grande instance.

L'autorité administrative chargée d'enregistrer le plan parental pourrait exercer un **contrôle a minima du plan parental, qui porterait sur le respect de l'intérêt de l'enfant**, à l'image du contrôle exercé sur le choix du prénom. En présence d'un plan parental, pourrait être posée une présomption simple de conformité du plan à l'intérêt de l'enfant. Toutefois si l'autorité administrative estimait que le plan n'est manifestement pas conforme à l'intérêt de l'enfant, elle pourrait demander aux parents de le modifier puis, en cas de refus de leur part, elle pourrait saisir le procureur de la République ; ce dernier, s'il estime lui aussi que la convention n'est manifestement pas conforme à l'intérêt de l'enfant, pourrait soit saisir le juge aux affaires familiales, soit demander à l'autorité administrative de refuser l'enregistrement du plan. L'enregistrement ou la certification du plan ne garantirait cependant pas de manière absolue que celui-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant et si tel n'était pas le cas, l'un des parents pourrait saisir le juge pour le faire modifier.

Reste la question délicate de l'exécution forcée du plan. Celle-ci ne paraît pas envisageable. Il paraît en outre difficile également de sanctionner par le recours au droit pénal, le défaut d'exécution des clauses du plan comme le serait l'inexécution d'une décision judiciaire (non-représentation d'enfant ou abandon de famille) ; toutefois, **la responsabilité civile d'un parent qui ne respecterait pas le plan parental pourrait être engagée**, comme l'a été en jurisprudence celle d'un parent qui n'avait pas respecté les droits de l'autre en pratiquant à l'égard de l'enfant un acte important sans le consentement de l'autre parent. En outre, si le plan n'est pas du tout exécuté, un parent pourrait saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il intègre le contenu du plan dans une décision judiciaire, sous réserve d'avoir vérifié que son contenu est conforme, au moment de la saisine du juge, à l'intérêt de l'enfant.

L'enregistrement du plan suppose que celui-ci soit écrit, signé par les deux parents et établi en deux exemplaires (il ne paraît pas nécessaire que l'administration conserve un exemplaire du plan). Il serait nécessaire que les parents se présentent physiquement devant l'autorité administrative, qui certifierait ainsi que le plan a bien été ratifié par les deux parents. On pourrait cependant imaginer une procédure par courrier avec des garanties particulières concernant l'identité des parents. L'enregistrement ou la certification du plan pourrait prendre la forme d'un **tampon apposé sur chacun des exemplaires du plan par l'autorité administrative compétente, qui permettrait de le rendre opposable aux tiers**.

En ce qu'ils sont indéniablement facteur de respect du droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents séparés, la pratique des plans parentaux extra-judiciaires gagnerait sans aucun doute à être améliorée par un encadrement législatif mais également par un accompagnement non

obligatoire des autorités publiques. Il convient cependant, dans une telle perspective, de ne pas oublier que ces plans parentaux extra-judiciaires se caractérisent par la liberté et la souplesse qu'ils offrent aux parents dans l'organisation des effets de la séparation parentale. Ainsi, l'encadrement dont ils pourraient faire l'objet doit en tout point rester facultatif et adaptable à chaque situation...