

Tribunal fédéral – 5A_46/2015
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 26 mai 2015 (f)

Newsletter septembre 2015



Garde des enfants,
entretien, revenu
hypothétique

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Art. 125, 133, 276 et
285 CC

Olivier Guillod, Divorce et sort des enfants.
Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral
5A_46/2015, Newsletter
DroitMatrimonial.ch septembre 2015

Divorce et sort des enfants. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_46/2015.

Olivier Guillod

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt du 26 mai 2015, le Tribunal fédéral se penche sur plusieurs questions liées au sort des enfants après le divorce, en particulier sur la possibilité d'instaurer d'office la garde alternée et sur les principes de calcul des contributions d'entretien. Sur ces deux thèmes, l'arrêt donne l'occasion d'évoquer les nouvelles dispositions du Code civil qui entreront probablement en vigueur le 1^{er} janvier 2017, dans le cadre de la réforme de l'entretien de l'enfant (FF 2015 2509ss).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Un couple marié, avec trois enfants nés en 1990, 2004 et 2007, se trouve en instance de divorce. En mesures protectrices de l'union conjugale, l'époux avait d'abord été condamné en 2010 à verser une pension globale « pour les siens » (une hérésie, faut-il le rappeler !) de CHF 5'250.- par mois et avait obtenu la garde alternée sur les deux enfants mineurs. Puis, comme le mari ne remplissait pas ses obligations liées à la garde et à l'entretien, une deuxième ordonnance de mesures protectrices rendue en 2011 a attribué la garde des enfants à leur mère, prévu un droit de visite usuel du père, astreint ce dernier à verser une pension mensuelle pour l'entretien de sa famille de CHF 2'550.-, allocations familiales en sus et ordonné un avis au débiteur.

A l'issue de la procédure en divorce ouverte par le mari en 2012, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a notamment, en juillet 2014, attribué l'autorité parentale conjointement aux deux parents, confié la garde à la mère, réglé usuellement le droit de visite du père, nommé un curateur selon l'art. 308 CC pour s'assurer que la défenderesse est adéquate dans son mode d'éducation et pour veiller à ce que le demandeur reprenne

l'exercice régulier de son droit de visite, astreint le père à verser une pension mensuelle de l'ordre de CHF 1'000.- à chaque enfant et une pension dégressive et limitée dans le temps de CHF 750.-, CHF 500.- puis CHF 350.- à l'épouse (alors âgée de 45 ans) et prononcé un avis au débiteur.

Le mari fait appel en vain puis exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral en demandant la garde alternée des deux enfants, la réduction de l'entretien dû aux enfants et la suppression de la pension due à l'épouse.

B. Droit

1. Le Tribunal fédéral se prononce d'abord sur l'**attribution de la garde des enfants**, sous l'angle des nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014, puisque la décision querellée a été rendue après l'entrée en vigueur du nouveau droit (consid. 4.3).

Les juges rappellent que les critères d'attribution de l'autorité parentale et de la garde n'ont pas changé et que la jurisprudence antérieure reste pertinente. La règle fondamentale reste donc le bien de l'enfant, alors que les intérêts des parents doivent être relégués au second plan. Parmi les critères essentiels, figurent notamment « les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ». Il est important d'assurer à l'enfant « la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel », en évitant « des changements inutiles dans l'environnement local et social des enfants ». Même si le juge du divorce ne peut simplement attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère pèse considérablement » (consid. 4.4.2).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que l'on qualifie de **garde alternée** les situations où « les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales (*sic* !) (arrêts 5A_928/2014 du 26 février 2015 consid. 4.2; 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2; 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.2) » (consid. 4.4.3). Une garde alternée ne doit être décidée que si elle est la meilleure solution pour le bien de l'enfant (consid. 4.4.3). Sous le droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2014, l'instauration d'une garde alternée supposait « en principe l'accord des deux parents, étant précisé que l'admissibilité d'un tel système devait être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et dépendait, entre autres circonstances, de la capacité de coopération des parents (arrêt 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1) » (consid. 4.4.4).

Désormais, l'autorité parentale conjointe des parents divorcés est la règle, sans qu'un accord des parents sur ce point ne soit nécessaire. L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Dès lors, et même si l'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement une garde partagée, le juge doit néanmoins examiner dans quelle mesure l'instauration d'un tel mode de garde est possible et conforme au bien de l'enfant. Le seul fait que l'un des parents s'oppose à un tel mode de garde et l'absence de

collaboration entre les parents ne suffisent pas pour l'exclure. Le juge doit évaluer si la garde alternée « est compatible avec le bien de l'enfant, ce qui dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école (arrêt 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 3 et 4.3) » ainsi que de la capacité des parents à collaborer. Instaurer une garde alternée quand les parents sont en conflit ouvert « exposerait l'enfant de manière récurrente au conflit parental, ce qui est manifestement contraire à son intérêt (cf. arrêt 5A_105/2014 du 6 juin 2014 consid. 4.3.2 se référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) rendu dans l'affaire n° 9929/12 du 27 mai 2014, Buchs contre Suisse, par. 70 ss) » (consid. 4.4.5).

En l'espèce, la garde alternée n'a pas été instaurée, car le père « avait volontairement renoncé à voir ses enfants durant plusieurs mois, ce qu'il a justifié en invoquant un "acte de grève" en réaction au "manque de respect et de considération pour sa personne, pour ses enfants et sa place de père" ». L'autorité cantonale a justement considéré « que le recourant avait fait passer son propre intérêt à mener à bien son combat judiciaire et à obtenir la décision souhaitée avant celui de ses enfants à entretenir des relations régulières avec lui » (consid. 4.5).

2. Le Tribunal fédéral examine ensuite la question de l'**entretien** en faveur de l'épouse et des enfants.

L'entretien dû à l'**épouse** a été confirmé par le Tribunal fédéral dans la mesure où le mariage avait eu un impact décisif sur la vie des époux « compte tenu de sa durée, des trois enfants issus de leur union et de l'absence d'activité lucrative de l'intimée durant la vie commune, laquelle ne disposait au demeurant pas d'une formation professionnelle reconnue en Suisse. Il était par conséquent juste que les époux supportent en commun les conséquences de la répartition des tâches convenues durant le mariage et il était adéquat de fixer des paliers tenant compte du temps nécessaire à l'intimée pour acquérir son indépendance financière » (consid. 5.1).

Concernant l'entretien dû **aux enfants**, le Tribunal fédéral examine en particulier l'imputation au recourant par les premiers juges d'un revenu hypothétique correspondant à un taux d'activité de 80%, alors que le père avait diminué son activité lucrative de 100% à 80% puis à 60% pour avoir davantage de disponibilités pour s'occuper de ses enfants (lors même que la garde était, à cette époque, attribuée exclusivement à la mère). Le recourant reproche à l'autorité cantonale « d'avoir retenu qu'il aurait sciemment diminué son taux d'activité afin de ne payer qu'une partie de l'entretien dû, alors qu'il s'agirait en réalité d'un "choix d'amour envers ses enfants" » (consid. 5.2).

Les juges constatent que les parties avaient privilégié « une répartition dite traditionnelle des rôles puisque l'épouse n'a pas exercé d'activité lucrative et s'est chargée de l'éducation et des soins des enfants. Dans la mesure où il est admis que la confiance placée par les époux dans la continuité du mariage et dans le maintien de la répartition des rôles convenue librement entre eux durant le mariage mérite protection (cf. arrêts 5A_384/2008 du 21 octobre 2008 consid. 3.1; 5C.169/2006 du 13 septembre 2006 consid. 2.4), le recourant ne peut à présent, sous couvert de requérir un traitement égal entre les parents, réduire

comme il l'entend son taux d'activité et exiger en contrepartie que son ex-épouse exerce une activité rémunérée du jour au lendemain alors que le plus jeune de leurs enfants n'a que huit ans et qu'elle en a la garde exclusive » (consid. 5.2). En conséquence, l'entretien dû aux enfants a également été confirmé par le Tribunal fédéral.

III. Analyse

1. Suivant la doctrine qui s'est déjà abondamment exprimée sur le sujet, le Tribunal fédéral a admis que les juges doivent examiner l'opportunité d'instaurer une garde alternée, sous l'angle du bien de l'enfant, quel que soit l'avis des parents. Cette interprétation était la seule conforme sinon à la lettre du moins à l'esprit des nouvelles dispositions sur l'autorité parentale entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Le juge doit en effet se prononcer d'office sur la garde des enfants, en prenant en considération avant tout l'intérêt de l'enfant. Dès lors que les deux parents conservent l'autorité parentale et le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ou bien ils s'entendent sur la prise en charge quotidienne de l'enfant, ou bien le juge tranche la question. Dans la seconde hypothèse, la garde alternée est l'une des solutions que le juge doit systématiquement envisager. La présente affaire montre bien cependant l'importance attachée à la capacité des parents de collaborer dans l'éducation de leurs enfants. Sans en faire une condition formelle de l'instauration d'une garde alternée, le Tribunal fédéral souligne qu'un grave conflit parental exclut pratiquement la garde alternée qui peut alors difficilement être jugée conforme au bien de l'enfant. Il faut cependant se garder de tout schématisme rigide dans ce domaine et tenir compte aussi de l'évolution que l'on peut attendre dans l'attitude des parents une fois que leur conflit personnel s'atténue avec le passage du temps.

2. La réforme du droit de l'entretien de l'enfant adoptée par le Parlement fédéral le 20 mars 2015 et qui entrera en principe en vigueur le 1^{er} janvier 2017 confirmera beaucoup plus clairement cette position. Le futur article 298b alinéa 3^{ter} CC prévoit en effet que « lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, l'autorité de protection de l'enfant examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande ».

3. Concernant l'entretien de l'enfant, l'affaire illustre bien les répercussions du choix des époux quant à la répartition des rôles durant la vie commune. Le Tribunal fédéral continue de protéger la « confiance placée par les époux dans la continuité du mariage et dans le maintien de la répartition des rôles convenue librement entre eux durant le mariage ». Cette position repose sur une vision du mariage démentie journallement par le nombre de divorces. Elle a cependant le mérite de protéger l'époux le plus faible économiquement et de souligner les engagements que prend un couple quand il décide d'avoir des enfants.

4. La réforme du droit de l'entretien de l'enfant protégera encore mieux les enfants mineurs à l'avenir, puisque le futur article 276a al. 1 CC dispose que « l'obligation d'entretien envers un enfant mineur prime les autres obligations d'entretien du droit de la famille ».

5. Cette réforme introduira en outre une nouveauté importante dans le calcul de l'entretien dû à l'enfant mineur. Le futur article 285 al. 2 CC précise en effet que « la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers ».

Les coûts indirects de prise en charge de l'enfant par un tiers font déjà partie des coûts à prendre en compte dans le calcul de la contribution d'entretien due à l'enfant. En revanche, les coûts directs de la prise en charge de l'enfant par l'un de ses parents ne sont pour le moment pas comptés dans l'entretien de l'enfant. Pour un couple marié, ce changement produira pour l'essentiel un transfert d'une partie de la contribution d'entretien due à un époux séparé ou à un ex-époux dans la contribution d'entretien due à l'enfant. En revanche, pour les époux non mariés, cela aboutira probablement à une hausse sensible de l'entretien dû à l'enfant.