

# **BGer 5A\_142/2020 vom 24. Dezember 2020**

Bundesgericht, 2020-12-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_142\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_142_2020)

FR: TF 5A\_142/2020 du 24 décembre 2020

IT: TF 5A\_142/2020 del 24 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile ( art. 100 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ) par une partie qui a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ), le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature non pécuniaire dans son ensemble (parmi plusieurs: arrêts 5A\_489/2019 du 24 août 2020 consid. 2.1; 5A\_159/2020 du 4 mai 2020 consid. 1 et les références). Le recours est donc en principe recevable.

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 143 V 19 consid. 2.3; 140 III 86 consid. 2). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux ou de dispositions de droit cantonal que si un tel grief a été invoqué et motivé par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 139 I 229 consid. 2.2; 137 II 305 consid. 3.3; 135 III 232 consid. 1.2, 397 consid. 1.4 in fine), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée ( ATF 141 I 36 consid. 1.3; 135 III 232 précité; 133 II 249 consid. 1.4.2).

### **E. 2.2**

Le grief d'application arbitraire du droit fédéral n'est pas recevable en tant que tel dans un recours en matière civile, en ce sens que saisi d'un tel recours, le Tribunal fédéral examine librement l'application du droit fédéral; cette cognition ne peut pas être restreinte en limitant le contrôle de l'application des lois fédérales à l'arbitraire ( ATF 134 III 379 consid. 1.2; arrêt 5A\_348/2017 du 14 septembre 2017 consid. 2.1). Le Tribunal fédéral examine donc avec pleine cognition la violation d'une disposition de droit fédéral que le recourant invoque sous l'angle restreint de l'arbitraire (arrêts 5A\_583/2018 du 18 janvier 2019 consid. 2.2; 4A\_8/2013 du 2 mai 2013 consid. 2.2 non publié aux ATF 139 III 214 ).

### **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière

manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf.

supra consid. 2.1). L'appréciation des preuves n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a procédé à des déductions insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3).

### **E. 3**

Le recourant soulève un grief d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'application des art. 133 al. 1 et 2 CC ainsi que 298 al. 2ter CC. Nonobstant le terme utilisé par le recourant, l'examen de la conformité de la décision entreprise aux dispositions qui précèdent ne sera toutefois pas limité à l'arbitraire (cf.

supra consid. 2.2).

#### **E. 3.1**

Le recourant reproche en substance à la cour cantonale d'avoir refusé d'élargir les modalités de prise en charge des enfants en sa faveur du mardi à 19 h au mercredi à 8 h.

##### **E. 3.2.1**

Selon l' art. 133 al. 1 CC , le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur l'autorité parentale, la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien.

##### **E. 3.2.2**

Lorsque - comme en l'espèce - l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande ( art. 298 al. 2ter CC ).

Pour apprécier les critères d'attribution des droits parentaux, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références). Le Tribunal fédéral ne substituera ainsi qu'avec retenue sa propre appréciation à celle de la juridiction cantonale. Il n'interviendra que si la décision s'écarte sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsque le juge s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération ( ATF 132 III 97 consid. 1 et les références; arrêt 5A\_821/2019 du 14 juillet 2020 consid. 4.1).

### **E. 3.3**

Dans la décision entreprise, la juridiction précédente a considéré qu'au vu de l'investissement des parents envers leurs enfants, de leurs bonnes capacités parentales et de leur aptitude à communiquer à leur sujet, ainsi que de la proximité géographique de leurs logements, l'instauration d'une garde partagée serait possible dans son principe, y compris avec une alternance durant la même semaine auprès de chacun des parents, puisque ceux-ci avaient déjà adopté ce mode de faire, lequel convenait aux enfants, qui avaient exprimé ne pas vouloir être séparés de leur père pendant plusieurs jours consécutifs. La cour cantonale

a cependant estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit aux conclusions du père, qui sollicitait, au titre de garde alternée, uniquement l'ajout de la nuit du mardi au mercredi. D'une part, cela posait problème pour l'enfant E.\_\_\_\_\_. En effet, dès lors que le père travaillait le mercredi, l'enfant serait seul l'après-midi, alors que la mère était disponible pour s'en occuper et répondre à ses besoins. Quoi qu'en disait le père, l'enfant était un peu jeune pour " se gérer seul " et il n'était pas dans son intérêt d'être livré à lui-même chaque mercredi après-midi, dans l'attente de son retour. La situation actuelle de chômage du père ne modifiait pas cette appréciation, puisqu'il allait devoir retrouver un autre emploi sans aucune garantie d'obtenir éventuellement congé le mercredi après-midi. Au demeurant, l'enfant D.\_\_\_\_\_ s'était finalement faite à la mise en place des modalités actuelles de garde, auxquelles elle avait d'abord éprouvé des difficultés à s'habituer, et avait indiqué qu'un nouveau changement lui poserait à nouveau des difficultés. Quant à C.\_\_\_\_\_, à présent majeure, elle avait renoncé à la nuit du mercredi au jeudi chez son père depuis qu'elle poursuivait ses études à U.\_\_\_\_\_. En définitive, les juges cantonaux ont considéré qu'il était dans l'intérêt des enfants que le mode de garde actuel, qui perdurait depuis la séparation des parties et qui convenait à ceux-ci, soit maintenu, et ont relevé que la mère était ouverte aux éventuelles propositions que le père pourrait faire pour voir ses enfants à d'autres moments.

#### **E. 3.4**

En l'espèce, l'autorité cantonale s'est attachée à examiner dans quelle mesure un élargissement de la prise en charge des enfants par le père permettrait à ce dernier de bénéficier d'une garde partagée. Elle a toutefois perdu de vue la question principale à trancher, à savoir si - indépendamment de la qualification à donner aux modalités de prise en charge - l'élargissement requis, à savoir une nuit supplémentaire par semaine, était opportun et répondait au bien-être des enfants. A cet égard, l'argumentation de la cour cantonale selon laquelle le père ne pourrait pas s'occuper de E.\_\_\_\_\_ le mercredi après-midi est totalement dénuée de pertinence, dès lors que le recourant ne remet pas en question la prise en charge par la mère durant la journée du mercredi. Il faut ainsi constater qu'en s'appuyant sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, l'autorité cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation.

La juridiction précédente a en outre refusé d'élargir la prise en charge des enfants par le père au motif qu'un nouveau changement dans les modalités de garde poserait des difficultés à D.\_\_\_\_\_, laquelle avait déjà éprouvé des problèmes à s'habituer à la mise en place des modalités existantes. Cela étant, comme le relève le recourant, il ressort de l'état de fait de l'arrêt entrepris que l'enfant, entendue le 16 mai 2018 par le SEASP, a uniquement déclaré que l'organisation hebdomadaire prévalant à l'époque de son audition ne la dérangeait pas et qu'un autre mode de faire lui demanderait davantage de travail dans son élaboration et sa mise en place. Or, des inconvénients d'ordre purement organisationnel peuvent difficilement être évités en cas de modification dans la prise en charge d'enfants et ne sauraient en l'espèce constituer un motif rédhibitoire.

Finalement, en l'absence de motivation convaincante des juges cantonaux sur la question litigieuse, le fait de s'en remettre aux bonnes dispositions de la mère quant à un élargissement de la prise en charge des enfants par le recourant ne saurait être admis, dès lors que cela reviendrait à permettre à celle-ci de décider du sort de la conclusion en cause, ce qui n'est pas acceptable.

Au vu de ce qui précède, le grief doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

#### **E. 4**

Dans le cadre de la fixation des contributions d'entretien en faveur des enfants, le recourant se plaint d'une application arbitraire des art. 276 et 285 CC, ainsi que de la violation de ces mêmes dispositions.

Dès lors que les modalités de prise en charge des enfants devront être réexaminées et qu'elles revêtent une influence sur la fixation des contributions d'entretien en faveur de ceux-ci, il n'y a pas lieu, en l'état, de statuer sur le grief soulevé.

#### **E. 5**

Le recourant conclut au partage par moitié des bonifications pour tâches éducatives, que l'arrêt querellé a intégralement attribuées à la mère au motif que celle-ci assumait la plus grande partie de la prise en charge des enfants.

Le grief est d'emblée irrecevable, faute d'être motivé (cf.

supra consid. 2.1). Au demeurant, l'art. 52f bis al. 2, 1e phr., RAVS dispose que l'autorité impute la totalité de la bonifications pour tâches éducatives à celui des parents qui assume la plus grande partie de la prise en charge des enfants communs. Or, il n'apparaît pas que l'admission de la conclusion du recourant en élargissement de la prise en charge des enfants pour une nuit supplémentaire par semaine le conduirait à s'occuper de ceux-ci sur une durée hebdomadaire supérieure à celle assumée par la mère. Aussi, quand bien même il serait recevable, le grief devrait de toute manière être rejeté.

#### **E. 6**

En définitive, le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable. L'arrêt attaqué est annulé en tant qu'il porte sur les modalités de prise en charge des enfants D.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ ainsi que sur l'entretien des enfants des parties et la cause est renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur ces questions. Le recours est rejeté pour le surplus. Autant qu'elle n'est pas sans objet, la requête d'assistance judiciaire du recourant est admise ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires, par 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée, qui succombe pour l'essentiel ( art. 66 al. 1 LTF ). Une indemnité de 2'500 fr., à verser au recourant à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimée ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ); au cas où les dépens ne pourraient pas être recouvrés, la Caisse du Tribunal fédéral versera au conseil du recourant une indemnité de 2'500 fr. à titre d'honoraires de conseil d'office ( art. 64 al. 2 LTF ). Le recourant est rendu attentif au fait qu'il est tenu de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral s'il est en mesure de le faire ( art. 64 al. 4 LTF ). Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale ( art. 67 et 68 al. 5 LTF ).

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