

# **BGer 5A\_200/2019 vom 29. Januar 2020**

Bundesgericht, 2020-01-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_200\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_200_2019)

FR: TF 5A\_200/2019 du 29 janvier 2020

IT: TF 5A\_200/2019 del 29 gennaio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les deux recours sont dirigés contre la même décision, reposent sur le même complexe de faits et soulèvent des questions juridiques analogues; dans ces conditions, il se justifie de les joindre et de statuer à leur sujet par un seul arrêt ( art. 24 PCF , applicable vu le renvoi de l' art. 71 LTF ).

### **E. 2.1**

Déposés en temps utile ( art. 100 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), les recours sont dirigés 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\_369/2018 du 14 août 2018 consid. 1.1; 5A\_837/2017 du 27 février 2018 consid. 1). Les recourants ont participé à la procédure devant l'autorité précédente et ont un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ). Les recours sont donc recevables au regard des dispositions qui précèdent.

### **E. 2.2**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). 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 ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

### **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1; ATF 143 IV 500 consid. 1.1). Le recourant ne peut se limiter à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre

appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 et la référence).

### **E. 3**

Dans la cause 5A\_200/2019, le recourant invoque une violation de l' art. 133 al. 1 CC en lien avec l' art. 298 al. 2ter CC . Il considère que les juges cantonaux ont excédé leur pouvoir d'appréciation en refusant d'instaurer une garde alternée sur les enfants au motif que cela serait contraire à leurs intérêts. Il se justifie de traiter ce grief avec celui de violation de l' art. 273 al. 1 CC ainsi que d'appréciation arbitraire des preuves ( art. 9 Cst. ) soulevés par la recourante dans la cause 5A\_201/2019 (ci-après: l'intimée pour éviter toute confusion) puisque celle-ci reproche à l'inverse à la Cour de justice d'avoir confirmé l'élargissement du droit de visite du père du mercredi en fin d'après-midi au jeudi matin, au lieu de le réduire au mardi soir comme elle le demandait.

#### **E. 3.1.1**

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. 3.1.2**

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale se partagent la garde de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (arrêts 5A\_794/2017 du 7 février 2018 consid. 3.1; 5A\_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1). Depuis l'entrée en vigueur le

1

er juillet 2014 de la nouvelle réglementation relative à l'autorité parentale conjointe, l'instauration de la garde alternée ne suppose plus nécessairement l'accord des deux parents, mais doit se révéler conforme au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer. Avec la modification du droit à l'entretien de l'enfant qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2017, le nouvel art. 298 al. 2ter CC dispose expressément que le juge devra examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande (BURGAT, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant: état des lieux, in Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, BOHNET ET DUPONT (éd.), 2016, p. 121 ss et les références citées). Par conséquent, en présence d'une autorité parentale exercée en commun, les tribunaux devront examiner la possibilité d'organiser une garde alternée même lorsqu'un seul des parents le demande (arrêt 5A\_794/2017 précité; Message concernant la révision du Code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2014 p. 545 ss, 547).

En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale ( ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_34/2017 du 4 mai 2017 consid. 5.1; 5A\_425/2016 du 15 décembre 2016 consid. 3.4.2). Le juge doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant

( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêt 5A\_34/2017 précité). A cette fin, le juge doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté de ces derniers de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêt 5A\_425/2016 du 15 décembre 2016 consid. 3.4.2). Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure, en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi qu'autant que possible le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_34/2017 précité; 5A\_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.2 et 4.4.5).

Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_34/2017 précité; 5A\_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1 et les références citées).

Pour apprécier ces critères, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références). Le Tribunal fédéral n'intervient que s'il s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération ( ATF 132 III 97 consid. 1 et les références).

### **E. 3.2.1**

L'essentiel de l'argumentation de l'intimée consiste à soutenir qu'elle disposerait de meilleures capacités parentales que le père au motif que ce dernier ne se serait acquitté d'aucune contribution d'entretien jusqu'en décembre 2016, qu'il aurait posé divers " obstacles et problèmes " en lien avec les activités extra-scolaires de ses filles, qu'il aurait refusé la nomination d'un curateur de représentation aux enfants et qu'il serait moins à même qu'elle de s'occuper des activités extra-scolaires et du suivi scolaire des filles eu égard à son métier d'enseignante et au fait qu'elle ne travaille pas le mercredi après-midi. Ce

faisant, elle déclare se fonder sur " tous les éléments avérés et établis au dossier de procédure ". L'intimée n'apporte toutefois aucune preuve à l'appui de ses allégations et on ignore à quels éléments elle fait précisément référence. Si le Service de protection des mineurs (SPMi) a certes considéré qu'une garde alternée, bien qu'envisageable à l'avenir, était prématurée compte tenu de la fragilité de la communication entre les parents, il ressort néanmoins de ses rapports établis en octobre 2015 et mars 2017 que les deux parents disposent de compétences parentales équivalentes, en termes de cadre fourni aux enfants, d'implication dans les suivis ou de partage d'activités. La Cour de justice a retenu que les allégations de la mère quant à l'absence de suivi des devoirs par le père n'avaient jamais été prouvées. D'ailleurs, les institutrices des enfants, entendues dans le cadre de l'établissement du premier rapport d'évaluation sociale, n'ont pas relevé de différences dans le suivi des devoirs scolaires lorsque les enfants sont chez l'un ou l'autre des parents. Au contraire, elles ont indiqué que les parents étaient tous les deux présents dans le suivi scolaire de leurs filles. S'agissant des retards du père, il ressort de l'arrêt querellé que celui-ci les avait reconnus et s'était engagé à s'organiser afin que cela ne se reproduise plus, ce qu'il semblait avoir fait, le seul incident intervenu depuis 2013 ne lui étant pas imputable dès lors qu'il résultait de circonstances exceptionnelles (accident sur l'autoroute) et qu'il avait pris toutes ses dispositions pour que ses enfants ne restent pas seules. Le SPMi a également constaté que le père et sa compagne prônaient l'apaisement des tensions entre les parents et soulignaient l'importance de la place de la mère auprès des enfants. Dès lors que l'intimée se contente de soutenir péremptoirement que les évaluations du SPMi seraient erronées au vu du comportement du père en se référant à des preuves qu'elle ne désigne pas, elle ne parvient pas à infirmer les constatations dudit service sur lesquelles se sont principalement fondées les autorités cantonales pour rendre leurs décisions. Les allégations de l'intimée quant à ses meilleures compétences parentales du fait de sa profession relèvent du jugement de valeur et ne sauraient davantage être suivies. Le fait que son activité professionnelle lui permet d'avoir congé le mercredi après-midi n'est pas non plus un élément déterminant eu égard à l'âge actuel des enfants et à l'autonomie qu'on peut en déduire, étant au demeurant rappelé que le père des enfants exerce une activité d'indépendant, ce qui offre également une certaine flexibilité.

L'intimée reproche à la Cour de justice d'avoir arbitrairement omis d'indiquer la distance séparant le domicile du père de l'école des enfants au centre-ville de W. \_\_\_\_\_ (15 km) et le temps de trajet en voiture (entre 30 à 45 min. en fonction de la circulation), alors qu'il s'agissait de faits notoires, et d'avoir minimisé le fardeau que représentaient ces trajets pour les enfants. L'intimée se méprend sur le caractère de fait notoire de la distance kilométrique séparant deux lieux (cf. arrêt 4A\_509/2014 du 4 février 2015 consid. 2.2, publié in SJ 2015 I p. 385). Par ailleurs, comme le relève à juste titre le recourant, il ressort de l'arrêt entrepris que les parties ont fait le choix durant la vie commune de scolariser les enfants dans l'école où l'intimée travaille et qu'elles fréquentent actuellement alors que les parties vivaient ensemble à U. \_\_\_\_\_ (France voisine). Les enfants ont dû effectuer ces trajets tous les jours où elles ont fréquenté l'école, à savoir selon toute vraisemblance entre 2012 et 2015 s'agissant de l'aînée et en 2014 et en 2015 pour la cadette. Le SPMi a également constaté dans son premier rapport que l'éloignement entre les domiciles des parents n'avait pas d'impact sur le repos des enfants qui avaient toujours été accoutumées à ces déplacements ni sur leur investissement scolaire. Dans ces circonstances, il apparaît que la distance entre le domicile du père et, respectivement, l'école des enfants et le domicile de leur mère n'est pas un élément déterminant dans le cas d'espèce. Partant, c'est sans arbitraire que la Cour de

justice a renoncé à le mentionner dans l'arrêt entrepris.

Quoi qu'il en soit, on peine à saisir la finalité des conclusions de l'intimée dès lors qu'elles ne tendent en définitive qu'à réduire le droit de visite du recourant d'une journée et deux nuits chaque deux semaines. On ne discerne en effet pas en quoi les prétendues moins bonnes capacités parentales du père et les trajets imposés aux enfants pourraient avoir l'impact allégué par l'intimée sur les enfants eu égard à la modification minimale qu'elle requiert dans l'exercice du droit de visite du père. En conséquence, le recours interjeté par l'épouse doit être rejeté.

### **E. 3.2.2**

Pour ce qui est de la critique du recourant qui reproche à la Cour de justice de ne pas avoir instauré la garde alternée qu'il requiert, force est de constater que le seul élément qui a en définitive pesé en défaveur de cette solution de garde est la communication qualifiée de fragile entre les parents et le fait que leurs différends avaient des répercussions sur le bien-être des filles, qui ne bénéficiaient par conséquent pas de la sécurité affective nécessaire à leur épanouissement. Ce constat repose essentiellement sur le premier rapport du SPMi et a été déduit des déclarations du pédiatre de la cadette et de l'enseignante d'alors de l'aînée qui auraient relaté que les tensions entre les parents étaient difficiles pour les enfants et avaient un impact sur leur moral. Or, si le pédiatre a bien fait état de tensions qualifiées de " monumentales " entre les parents au motif qu'ils ne s'étaient quasiment pas adressés la parole durant la consultation, il a également relevé que les conflits parentaux n'avaient pas de répercussions sur le développement de l'aînée et que les angoisses et le manque d'application de la cadette pouvaient être compris comme une extériorisation des difficultés parentales, sans soutenir que cela était incontestablement le cas en l'espèce. Quant à l'enseignante de l'aînée, elle a certes relevé que cette dernière " pren[ait] sur elle " et se dévoilait peu sans toutefois imputer directement ce comportement au conflit conjugal. Elle a cependant suggéré que l'enfant bénéficie d'un suivi psychologique afin qu'elle dispose d'un espace où se confier sans avoir à faire plaisir à l'un ou l'autre de ses parents. La pédopsychiatre a quant à elle mis en évidence les bons liens sécurisants que les enfants entretiennent avec chacun de leurs parents et n'a pas fait état d'inquiétudes particulières, relevant uniquement que l'aînée protégeait ses deux parents.

Compte tenu de ce qui précède, si l'existence d'un conflit entre les parents est certes avérée, il apparaît toutefois que rien dans les constatations du SPMi n'indique que celui-ci aurait pris des proportions telles que toute communication entre les parents serait rompue, ce qui aurait rendu la mise en place d'une garde alternée illusoire. Comme le relève la Cour de justice, les difficultés à communiquer se concentrent sur la question du droit de visite et des activités extrascolaires des enfants. Or, on peine à comprendre en quoi le droit de visite tel qu'arrêté par la Cour de justice du vendredi soir au jeudi matin une semaine sur deux ou même celui préconisé par l'intimée du vendredi soir au mardi soir une semaine sur deux aurait un impact fondamentalement différent sur le bien-être des filles en comparaison avec une garde alternée et en quoi cela permettrait d'éviter des discussions relatives au choix des activités extrascolaires des enfants. Pour motiver sa décision, la Cour de justice s'est également référée au rapport du SPMi dont il ressort que le droit de visite tel que prévu actuellement avec un retour des enfants le jeudi matin à l'école permet d'éviter que ces dernières assistent aux rencontres de leurs parents et de les préserver des tensions. Or, une garde alternée pourrait parfaitement être organisée avec une prise en charge des enfants un soir déterminé de la semaine après l'école, alternativement par chaque parent, écartant ainsi

cette problématique.

Au demeurant, hormis les questions des trajets et d'une communication qualifiée de fragile entre les parents, qui ne peuvent être considérées comme des éléments déterminants dans le cas d'espèce eu égard au très large droit de visite dont le recourant bénéficie d'ores et déjà et au fait que l'intimée ne requiert pas une réduction significative de l'exercice de celui-ci, tous les autres éléments d'appréciation parlent en faveur de l'instauration d'une garde alternée. En effet, les capacités parentales ont été jugées équivalentes pour les deux parties et tous les spécialistes consultés ont fait état des bons liens entretenus par les enfants avec chacun de leurs parents. L'aînée s'est par ailleurs exprimée par deux fois, en octobre 2015 et en février 2017, en faveur de l'instauration d'une garde alternée au motif qu'elle souhaitait passer un peu plus de temps chez son père. Quant à la cadette, elle ne s'est pas exprimée en défaveur de ce type de garde, puisqu'elle a confié qu'elle aimait passer du temps chez chacun de ses parents et qu'elle aimerait que cela reste ainsi.

En définitive, il ressort de ce qui précède qu'aucun motif ne s'oppose à l'instauration d'une garde alternée entre les parents. Il convient toutefois que celle-ci s'exerce du vendredi à la sortie de l'école au vendredi matin de la semaine suivante à la reprise de l'école, alternativement une semaine sur deux, pour que le parent gardien puisse récupérer et déposer les enfants directement à l'école sans avoir à rencontrer l'autre parent inutilement. La décision entreprise sera réformée dans ce sens, étant précisé que le système de garde alternée entrera en vigueur le premier vendredi suivant la réception du présent arrêt.

On peine en revanche à comprendre ce que le recourant entend dans ses conclusions en tant qu'il requiert la fixation du lieu de résidence des enfants alternativement au domicile de chaque parent tout en sollicitant la fixation de leur domicile à l'adresse de celui de leur mère. En effet, les enfants ne peuvent disposer que d'un seul domicile administratif qui n'a toutefois aucune incidence sur la répartition de la garde ou encore sur l'attribution de l'autorité parentale.

#### **E. 4**

Dans un deuxième moyen, le recourant se plaint de la violation des art. 133 al. 1 CC en lien avec les art. 276 et 285 CC et conteste le montant dont il doit s'acquitter au titre de la contribution à l'entretien de ses filles.

La Cour de justice a confirmé le montant des contributions d'entretien allouées en première instance pour l'entretien des deux filles du couple. Celles-ci avaient été arrêtées sur la base des charges suivantes, non contestées, identiques pour les deux enfants: 402 fr. (participation de 15% à l'ancien loyer de l'intimée au motif que son loyer actuel apparaissait excessif), 131 fr. (assurance-maladie), 56 fr. (accueil parascolaire), 94 fr. (cuisines scolaires), 26 fr. (cours de gymnastique).

Or, le recourant soutient à juste titre que, en cas d'instauration d'une garde alternée en faveur des parents, une participation de l'un à une part du loyer de l'autre ne se justifie plus, de sorte que le montant de 402 fr. doit être exclu des charges des enfants. Au même titre, chaque parent devra assumer l'entretien courant des enfants lorsqu'il en a la garde. Partant, seul un montant mensuel de 307 fr. par enfant (709 fr. [total des charges par enfant hors entretien courant] - 402 fr. [participation au loyer de l'intimée]) demeure à la charge de l'intimée. Ce montant étant couvert par les allocations familiales de 300 fr. versées mensuellement par enfant, il n'y a effectivement plus lieu, dès l'entrée en vigueur du système de garde alternée, que le recourant contribue à l'entretien des enfants, étant

toutefois précisé que les allocations familiales devront continuer à être versées à l'intimée pour qu'elle puisse s'acquitter de ces frais. Les frais extraordinaires des enfants (frais médicaux, dentaires et orthodontiques non remboursés par les assurances, camps scolaires et voyages d'études, séjours linguistiques, etc.), convenus préalablement et d'entente entre les parents, continueront à être pris en charge par chacun d'eux par moitié.

#### **E. 5**

En définitive, le recours interjeté par l'épouse est rejeté alors que celui formé par l'époux est admis. L'arrêt attaqué est annulé et réformé au sens des considérants. Les frais judiciaires sont mis à la charge de l'épouse, qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Celle-ci versera en outre une indemnité de dépens à son époux ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Il appartiendra à la cour 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.