

# BGer 5A 271/2019 vom 9. Dezember 2019

Bundesgericht, 2019-12-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_271\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_271_2019)

FR: TF 5A 271/2019 du 9 décembre 2019

IT: TF 5A 271/2019 del 9 dicembre 2019

## Regeste

autorisation de déplacer le lieu de résidence des enfants, garde | Droit de la famille

## Erwägungen

### E. 1

Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), le recours est dirigé contre une décision qui statue sur l'autorisation de déplacer le lieu de résidence d'enfants nés hors mariage, à savoir une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ), de nature non pécuniaire (arrêt 5A\_310/2019 du 5 novembre 2019 consid. 1). La recourante, qui a succombé dans ses conclusions devant l'autorité précédente, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ). Le recours en matière civile 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 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. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il peut également tenir compte des faits figurant dans les autres décisions du dossier dans la mesure où ces éléments ont été repris au moins implicitement par l'arrêt attaqué (arrêts 5A\_473/2019 du 22 novembre 2019 consid. 2.2; 5A\_421/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2.2; sous l'OJ: cf. ATF 129 IV 246 consid. 1). Conformément à ce principe, les faits résumés ci-dessus intègrent aussi des éléments figurant dans la décision de l'APEA du 16 mai 2018. Par ailleurs, le Tribunal fédéral peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire selon l' art. 9 Cst. ( ATF 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2), 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 ne peut toutefois pas se borner 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 portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves qui ne satisfait pas au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid 2.1) est irrecevable ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1 et la référence). En l'espèce, tout en admettant que les faits retenus par l'autorité cantonale sont corrects, la recourante en présente un " résumé " sur plusieurs pages. Celui-ci sera ignoré en tant que les éléments qui y sont exposés s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que la recourante n'invoque, ni a fortiori ne démontre, leur établissement arbitraire et que leur correction influencerait sur le sort de la cause.

### **E. 3**

L'examen de l'adaptation des modalités de la prise en charge, des relations personnelles et de l'entretien ne doit pas être dissocié de la question du déménagement, compte tenu du lien étroit entre ces éléments ( ATF 142 III 502 consid. 2.6; arrêt 5A\_310/2019 précité consid. 3.3). A cet égard, il convient de clarifier le mode de prise en charge de l'enfant appliqué jusqu'alors, d'esquisser les contours du déménagement, ainsi que d'établir quels sont les besoins de l'enfant et la prise en charge, offerte et effectivement possible, par les parents ( ATF 142 III 502 consid. 2.7; arrêt 5A\_310/2019 précité consid. 3.3).

#### **E. 3.2**

La recourante reproche également à l'autorité cantonale d'avoir retenu de manière insoutenable et " manifestement contraire au droit " qu'aucun élément du dossier ne permettait de remettre en cause l'évaluation sociale jugeant les capacités éducatives des parents équivalentes. La recourante se limite toutefois à exposer sa propre vision de la situation sans s'en prendre aux motifs de la décision querellée de manière conforme aux exigences de motivation susmentionnées (cf. supra consid. 2.2). Un tel procédé, purement appellatoire, est impropre à démontrer l'arbitraire de l'appréciation des preuves opérée par la cour cantonale. Le moyen est irrecevable.

#### **E. 3.3**

La recourante reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir retenu, " de manière totalement insoutenable et surprenante ", que les disponibilités des parents étaient similaires, alors que les siennes seraient " très nettement supérieures ".

##### **E. 3.3.1**

La cour cantonale a constaté que la mère bénéficiait d'un contrat de travail à 60% avec possibilité d'un jour de travail à la maison. Quant au père, il travaillait actuellement à 80% également avec possibilité de travailler à la maison et était disposé à diminuer son taux d'activité à 60%. Tant en Suisse qu'en Espagne, les deux parents bénéficiaient de soutiens extérieurs, que ce soit d'une structure de garde, de la crèche, ou de l'appui de leurs parents, respectivement de leur famille.

##### **E. 3.3.2**

La recourante fait valoir qu'en vivant en Suisse, elle est disponible à 100% alors que le père ne l'est qu'un jour par semaine. Si la cour cantonale n'avait pas occulté cet élément, elle n'aurait eu d'autre choix que de lui attribuer la garde pour le cas où elle resterait domiciliée en Suisse, de sorte qu'elle aurait eu intérêt à agir en deux temps, à savoir en demandant d'abord l'attribution de la garde, puis en requérant l'autorisation de déplacer le lieu de

résidence des enfants, ce qui serait contraire au principe d'économie de procédure. Il conviendrait donc " d'examiner les situations telles qu'elles existeraient en cas de maintien des domiciles respectifs en Suisse, ainsi qu'en cas de déplacement du lieu de résidence des enfants à l'étranger ". Si l'autorité parvient à la conclusion que la garde doit être attribuée au parent qui souhaite déplacer le lieu de résidence de ses enfants à l'étranger dans l'hypothèse où il renoncerait à son projet, il faudrait autoriser le déplacement du lieu de résidence si le parent établit, comme en l'espèce, qu'il aura toujours d'importantes disponibilités après son déménagement. Quoi qu'il en soit, elle aurait plus de disponibilités que le père même si elle déménageait en Espagne, dès lors qu'elle travaillerait à 60% avec la possibilité d'effectuer un jour de télétravail alors que le père travaille à 80%. Elle serait donc disponible trois jours par semaine et l'intimé uniquement un seul.

### **E. 3.3.3**

En l'espèce, dans la perspective de savoir si elle pouvait autoriser le déplacement des enfants, la cour cantonale a à juste titre examiné quelles seraient les disponibilités respectives des parents une fois le déménagement effectué (cf. supra consid. 3.1.3; cf. ég. infra consid. 4 concernant le grief relatif à l'instauration d'une garde alternée pour le cas où la recourante demeurerait en Suisse). Or, la recourante ne critique pas (cf. supra consid. 2.2) les constatations de l'arrêt querellé selon lesquelles le père était disposé à baisser son taux de travail à 60% et pouvait travailler à la maison. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas arbitraire d'avoir considéré qu'il disposerait des mêmes disponibilités que la mère, qui travaillerait en Espagne à 60% avec un jour de travail à domicile. Autant que recevable (cf. supra consid. 2.2), le grief est infondé.

### **E. 3.4.1**

Invoquant la violation de son droit à une décision motivée et du principe de l'interdiction de l'arbitraire, la recourante reproche ensuite à la cour cantonale de n'avoir pas considéré que l'âge des enfants imposait de lui accorder la garde, s'écartant ainsi de l'avis de l'assistant social au seul motif - insuffisamment motivé - qu'il ne ferait pas l'unanimité. Exposant les étapes du développement de l'enfant et citant divers " spécialistes de la petite enfance ", elle soutient qu'au vu de leur âge, la séparation des enfants d'avec leur mère - qui constitue leur figure d'attachement - nuirait à leur bon développement. Par ailleurs, le père aurait démontré un manque de stabilité, dès lors qu'il aurait multiplié les démarches contraires aux intérêts de ses enfants (garde alternée imposée, démarches en vue de priver la recourante des passeports des enfants).

### **E. 3.4.2**

La cour cantonale a constaté que si les enfants, en particulier C.\_\_\_\_\_, n'étaient pas bilingues, ils s'étaient familiarisés avec l'espagnol puisqu'ils avaient des contacts fréquents avec leur famille maternelle. Les parties pratiquaient du reste cette langue entre elles, selon les extraits de leurs messageries produits au dossier. Au vu de l'âge des enfants, leur adaptation à une nouvelle situation ne leur serait pas préjudiciable, ce d'autant plus que leur famille maternelle résidait en Espagne; ils ne seraient donc pas complètement déracinés. Le cadre de vie que pouvait offrir le père en Suisse était stable, ce qui n'était pas contesté. L'intimé travaillait depuis plusieurs années pour son employeur, avait un appartement approprié aux besoins des enfants et du soutien extérieur, que ce soit sa famille ou des amis. Quant à la recourante, son projet était suffisamment concret pour affirmer que le cadre de vie qu'elle pourrait offrir à ses enfants serait stable. Elle avait en effet déjà trouvé un

emploi, étant relevé que son employeur était disposé à l'attendre, et un appartement également adapté aux besoins des enfants. S'agissant des conditions de vie en général en Espagne, il était relevé que dans leur projet de vie commun, les parties projetaient une partie de leur vie dans ce pays. Il restait dès lors le critère de l'âge des enfants, critère essentiel permettant de trancher le cas d'espèce selon l'assistant social. Celui-ci se basait essentiellement sur une analyse de la CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant, Séparation des parents et droits de l'enfant, enjeux psychologiques, analyse CODE, août 2010, accessible sur le site Internet <https://www.lacode.be>). Toutefois, tel que cela avait été relevé par l'intimé, cette conception n'était de loin pas unanime. En effet, selon certains auteurs, cette perspective reposait sur des expériences cliniques des auteurs et n'était pas confirmée par des études empiriques à large échelle. De plus, d'autres chercheurs remettaient en question la dominance de l'attachement maternel, soulignant que mère et père développent des liens d'attachement complémentaires, tous deux nécessaires au bon développement socio-affectif de l'enfant (MICHELLE COTTIER/ERIC D. WIDMER (et al.), Etude interdisciplinaire sur la garde alternée in FamPra.ch 2/2018, note 68 [recte: La garde alternée, Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre, in FamPra.ch 2018 p. 297 ss, spéc. p. 308 note 68]). Selon le Tribunal fédéral (arrêt 5A\_834/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1), s'il était vrai que, selon leur âge, les enfants étaient davantage attachés aux personnes qu'à leur environnement, en cas de capacités et de disponibilités équivalentes, la stabilité et les relations familiales pouvaient être déterminantes pour les enfants en bas âge. Ainsi, au vu de l'âge des enfants, à savoir 3,5 et 2 ans, dans la mesure où l'âge constituait le seul critère permettant d'attribuer la garde des enfants à la mère et à défaut d'avis clair sur l'attribution de la garde à celle-ci dans cette situation, il y avait lieu de rejeter la requête tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants au regard du critère de la stabilité. Si ce critère perdait de son importance s'agissant de très jeunes enfants et que même dans l'hypothèse du rejet de la requête de la mère tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants en Espagne, la stabilité des enfants était susceptible d'être perturbée par une nouvelle organisation des modalités de garde, ceux-ci seraient manifestement moins perturbés que par un déménagement à l'étranger. Partant, dans l'hypothèse du déménagement de la mère en Espagne, la garde des enfants devait être attribuée au père. Quant à l'exercice des relations personnelles entre la recourante et ses enfants, il devait être fixé selon les mêmes modalités que celles définies dans la décision de première instance (un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires sans dépasser quinze jours consécutifs).

### **E. 3.4.3**

En tant que la recourante soulève un grief de violation de son droit d'être entendue ( art. 29 al. 2 Cst. ) sous l'angle du droit à une décision motivée, son grief se confond en réalité avec celui concernant l'appréciation du rapport d'évaluation sociale et, plus généralement, du critère relatif à l'âge des enfants, de sorte que la question peut être examinée sous cet angle uniquement. En l'occurrence, s'il est vrai que l'autorité cantonale peut s'écarter d'un rapport d'évaluation sociale à des conditions moins strictes que s'il s'agit d'une expertise judiciaire (arrêts 5A\_373/2018 du 8 avril 2019 consid. 3.2.6; 5A\_794/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1; 5A\_512/2017 du 22 décembre 2017 consid. 3.4.3), il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, la motivation de l'arrêt attaqué apparaît insuffisante. En effet, la cour cantonale a écarté le rapport litigieux au motif qu'il n'y avait pas d' " avis clair " sur le critère déterminant selon ledit rapport pour attribuer la garde à la mère, à savoir celui de l'âge des enfants. Ce faisant, la juridiction cantonale s'est contentée de considérations théoriques,

sans toutefois expliquer comment il fallait, dans le cas présent, évaluer ce critère. Par ailleurs, elle a refusé d'autoriser le déménagement des enfants au motif que ceux-ci seraient manifestement moins perturbés en restant en Suisse qu'en déménageant à l'étranger, se bornant ainsi à affirmer péremptoirement que le critère de la stabilité primait. Elle n'a toutefois pas exposé en quoi ce critère devrait l'emporter au regard des circonstances concrètes de l'espèce. Elle a d'ailleurs relevé, de manière contradictoire, que l'adaptation des enfants à une nouvelle situation ne leur serait pas préjudiciable, ce d'autant que leur famille maternelle résidait en Espagne. Dans ces conditions, le grief apparaît fondé. Compte tenu du pouvoir d'appréciation dont dispose le juge en la matière (arrêt 5A\_274/2016 du 26 août 2016 consid. 6 et les références), il y a lieu de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle réexamine en particulier les critères de l'âge et de la stabilité et réévalue la situation.

#### **E. 4**

Les considérations qui précèdent scellent le sort du litige. Dès lors que les modalités de prise en charge des enfants dépendent de la question de savoir si l'autorisation de déplacer le lieu de résidence de ceux-ci sera ou non finalement accordée, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs subsidiaires de la recourante en lien avec l'instauration d'une garde alternée pour le cas où elle renoncerait à son projet de déménagement, étant cependant rappelé qu'une garde alternée ne peut être prononcée que si elle correspond, dans le cas concret, au bien de l'enfant (cf. parmi d'autres, sur les critères d'instauration d'une garde alternée, arrêt 5A\_260/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3.1).

#### **E. 5**

En définitive, le recours est admis dans la mesure où il est recevable. La décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. L'intimé, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il versera en outre une indemnité de dépens à la recourante ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). La requête d'assistance judiciaire de la recourante devient ainsi sans objet. 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.