

# BGer 5A 454/2022 vom 9. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_454\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_454_2022)

FR: TF 5A 454/2022 du 9 novembre 2022

IT: TF 5A 454/2022 del 9 novembre 2022

## Regeste

mesures protectrices de l'union conjugale (prérogatives parentales) | Droit de la famille

## Erwägungen

### E. 1

Déposé en temps utile ( art. 100 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 de mesures protectrices de l'union conjugale, à savoir une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4), rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 2) de nature non pécuniaire. Le recours est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

### E. 2.1

Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ( ATF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3; 142 II 369 consid. 4.3).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 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). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte,

sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut 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 des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

### **E. 3**

Soulevant des griefs d'arbitraire dans l'établissement des faits et dans l'application de l' art. 298 al. 2ter CC , le recourant reproche à la cour cantonale de ne pas avoir instauré une garde alternée.

#### **E. 3.1**

Selon l' art. 298 al. 2ter CC , lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge doit, en cas de demande du père, de la mère ou de l'enfant, évaluer si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté de ceux-ci 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 apparaît contraire à son intérêt ( ATF 142 III 612 consid. 4.3, 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_844/2019 du 17 septembre 2020 consid. 3.2.2; 5A\_11/2020 du 13 mai 2020 consid. 3.3.3.1 et les arrêts cités). Il faut également tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de 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 -, de la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de celui-ci et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que du souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement ( ATF 142 III 612 consid. 4.3, 617 consid. 3.2.3). Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, 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 612 consid. 4.3, 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_159/2020 du 4 mai 2020 consid. 3.1; 5A\_147/2019 du 25 mars 2020 consid. 2.1; 5A\_200/2019 du 29 janvier 2020 consid. 3.1.2 et les références).

### E. 3.2

Selon l'arrêt querellé, il n'était pas contesté que les deux parents disposaient de bonnes compétences éducatives, entretenaient une relation proche avec leurs enfants et étaient soucieux de leur bien-être, ni que leurs domiciles respectifs étaient situés à proximité l'un de l'autre et permettaient chacun d'accueillir adéquatement les trois enfants. Le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP), suivi par le Tribunal de première instance, avait toutefois retenu que l'instauration d'une garde alternée était prématurée en l'état, au motif que la communication des parents était difficile et surtout qu'ils ne disposaient pas d'une disponibilité équivalente. S'agissant de la communication, la cour cantonale a relevé que, quand bien même les parties ne parvenaient pas à échanger oralement et ne communiquaient que par l'intermédiaire de leurs avocats ou par courriels, dans lesquels elles profitaient de se faire des reproches mutuels sur la prise en charge des enfants, ce qui alimentait continuellement le conflit parental, les enfants en étaient aujourd'hui préservés et évoluaient favorablement selon le SEASP. Par ailleurs, les parties échangeaient régulièrement au sujet des enfants et se transmettaient toutes les informations utiles les concernant, de sorte que l'instauration d'une garde alternée ne pouvait être écartée pour le seul motif que la communication parentale était " très limitée ". C'était toutefois à juste titre que l'instauration d'un tel régime avait été jugée prématurée du fait que la disponibilité des parents pour s'occuper personnellement des enfants n'était pas équivalente. En effet, la mère avait cessé toute activité lucrative à la naissance de l'aîné et elle était ainsi entièrement disponible pour s'occuper des trois enfants. Le père travaillait à plein temps en qualité de chef de service au CHUV et exerçait désormais son activité à Lausanne. En dépit de ses allégations, il n'avait pas rendu vraisemblable qu'il pouvait organiser son travail comme il l'entendait de manière à être disponible pour amener et chercher les enfants à l'école davantage qu'il ne le faisait aujourd'hui et passer la journée du mercredi avec eux. Il ressortait des dispositions légales vaudoises que si son horaire était certes variable, il ne l'était qu'en dehors des plages horaires fixes et le père n'avait apporté aucun élément permettant de retenir que son service aurait renoncé à ces horaires fixes. S'il apparaissait vraisemblable qu'il avait pu organiser son travail de manière à pouvoir exercer son droit aux relations personnelles actuel, cela n'était pas le cas d'un aménagement pouvant s'étendre à la semaine entière, une semaine sur deux, ainsi qu'aux jeudi et vendredi de la semaine suivante. Il lui était pourtant aisé de produire une attestation de son employeur indiquant dans quelle mesure il pouvait aménager son temps de travail. Compte tenu de ce qui précédait et de la durée du trajet de 1h15 à 1h34 entre son domicile et son lieu de travail, le père ne semblait ainsi pas en mesure d'amener et chercher les enfants tous les jours à l'école, ni de passer la journée du mercredi avec eux comme il le soutenait. Quant à l'enfant cadette, elle devrait être confiée toute la journée à la crèche lorsque son père en aurait la garde. Bien que celui-ci soutenait qu'il pouvait accomplir du télétravail en lien avec ses activités de recherche, il n'avait produit aucune convention de télétravail, laquelle était pourtant requise par son employeur pour ce mode d'activité. La mise en place d'une garde alternée avait ainsi pour conséquence que les enfants passeraient davantage de temps dans les structures de garde par des tiers plutôt qu'avec l'un de leurs parents; pour le surplus, il n'était pas non plus rendu vraisemblable que l'enfant cadette pourrait bénéficier rapidement d'une place en crèche le cas échéant et les délais d'attente étaient notoirement longs. Compte tenu de ces éléments et du jeune âge des enfants, en particulier de l'enfant cadette âgée de seulement deux ans, l'instauration d'une garde alternée était prématurée et il était préférable, en l'état et sur mesures protectrices de l'union conjugale, de confier la garde des enfants à la mère, qui

disposait de toute la disponibilité nécessaire pour s'en occuper personnellement. Cela correspondait par ailleurs au souhait exprimé par l'aîné des enfants. De plus, les procédures pénales réciproquement initiées par chacune des parties étaient, à teneur du dossier, encore en cours et n'offraient pas un climat propice à l'instauration d'une garde alternée.

### **E. 3.3.1**

Le recourant fait valoir que la cour cantonale avait arbitrairement omis de prendre en compte dans son raisonnement qu'il était chef de service au sein du CHUV, de sorte qu'il n'était pas un collaborateur soumis à des horaires fixes. Il soutient que cela découlerait de l'art. 10 de la directive qui régit les plages de travail fixes et la gestion de la variation du temps de travail puisque cette disposition prévoyait que le chef de service qui n'en éprouve pas la nécessité peut renoncer à exiger l'application des plages fixes pour toute ou partie de ses collaborateurs, à condition que cette suppression n'altère ni la bonne marche du travail, ni le service au public. C'était ainsi de manière insoutenable que la cour cantonale avait retenu qu'il n'avait pas rendu vraisemblable qu'il pouvait organiser son travail comme il l'entendait de manière à être disponible pour ses enfants. S'il ressort de l'art. 10 précité que le chef de service peut renoncer à l'exigence de plages fixes pour ses collaborateurs, cet article ne dit rien sur les propres droits et obligations du chef de service quant à ses horaires et à la possibilité d'aménager son temps de travail. Le recourant soutient avoir allégué et prouvé aux chiffres 88 et 91 de son mémoire d'appel que, par son statut de chef de service, il était entièrement libre de moduler son horaire comme il le souhaitait. Toutefois, la pièce no 76 qu'il a mentionnée comme offre de preuve à l'appui de ces allégués, en sus de son interrogatoire, ne contient aucune indication sur ses horaires ou l'organisation de son travail. Partant, le recourant ne démontre pas, sur la base de ces éléments, que la cour cantonale aurait apprécié les preuves ou établi les faits de manière arbitraire en retenant qu'il n'avait pas rendu vraisemblable qu'il pouvait organiser son travail comme il l'entendait.

### **E. 3.3.2**

Le recourant reproche également à la cour cantonale d'avoir fait preuve d'arbitraire en jugeant qu'il n'était pas vraisemblable que l'enfant cadette pourrait bénéficier rapidement d'une place en crèche et que les délais d'attente seraient longs. Il relève avoir allégué dans son appel que cette enfant disposait de la possibilité d'être inscrite à la crèche G. \_\_\_\_\_ et que cet établissement disposait de place. Il indique par ailleurs que la mère n'avait jamais allégué un manque de place; les pièces qu'il avait produites dans la procédure, en particulier la pièce no 73, démontraient en outre qu'il s'agissait d'une crèche privée appartenant à la Communauté israélite de Genève et que le dossier d'inscription ne soumettait pas l'accès à une condition de disponibilité, mais garantissait celui-ci pour les enfants de confession juive. Selon l'art. 296 al. 1 CC, le tribunal établit les faits d'office s'agissant des questions relatives aux enfants comme c'est le cas en l'occurrence en matière d'attribution de la garde; il n'est donc pas déterminant que la mère n'ait pas allégué un manque de place dans la crèche en question. Il ne résulte par ailleurs pas de la pièce no 73 que cette crèche disposerait de places disponibles, ni qu'elle garantirait un accès aux enfants de confession juive, étant en outre relevé que l'arrêt querellé ne mentionne pas la confession des enfants (cf. supra consid. 2.2). Au demeurant, quand bien même le recourant était parvenu à démontrer que l'enfant cadette aurait pu rapidement bénéficier d'une place dans une crèche, il n'expose pas en quoi cette constatation aurait été susceptible d'influer sur le sort de la cause. Il résulte ainsi de ce qui précède que les griefs d'arbitraire dans l'établissement des

faits sont irrecevables, faute de motivation idoine.

### **E. 3.3.3**

Le recourant soutient que, comme développé dans son premier grief, il était allégué et prouvé, à tout le moins de manière vraisemblable, qu'il disposait du temps nécessaire pour exercer une garde alternée. La disponibilité temporelle requise pour s'occuper des enfants aurait ainsi dû être admise chez les deux parents. Le fait que la mère ne travaillait pas pour le moment et pouvait être disponible à plein temps pour s'occuper des enfants n'y changeait rien car c'était la mesure dans laquelle il serait disponible pour s'occuper des enfants qui comptait pour la mise en place d'une garde alternée. Etant donné que la cour cantonale avait considéré que les autres critères étaient remplis, ce régime devait être instauré. En tant qu'elle repose sur le fait que le recourant pouvait librement organiser son travail (cf. supra consid. 3.3.1), la critique ne peut être qu'écartée. Cela étant, quand bien même la preuve d'une grande flexibilité dans cette organisation aurait été apportée, ce seul élément ne permettrait de toute manière pas de démontrer que l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle la mise en place d'une garde alternée aurait pour conséquence que les enfants passeraient davantage de temps dans les structures de garde par des tiers plutôt qu'avec un de leurs parents serait arbitraire. En effet, le recourant ne fournit en particulier aucun élément susceptible de démontrer que sa fonction de chef de service au CHUV et la durée de trajet entre son domicile et son lieu de travail lui offriraient effectivement le temps nécessaire pour s'occuper personnellement de ses enfants aînés, en les amenant et en les cherchant tous les jours à l'école, une semaine sur deux, et en passant en sus la journée du mercredi avec eux, ni ne remet en cause la constatation de la cour cantonale selon laquelle l'enfant cadette âgée de deux ans devrait, avec un tel régime, être placée à la crèche les jours de garde de son père alors que la mère est disponible pour s'en occuper. Au demeurant, il ressort de l'arrêt querellé que l'attribution de la garde à la mère correspondait au souhait exprimé par l'aîné des enfants et que les procédures pénales opposant les parties n'offraient pas un climat propice à l'instauration d'une garde alternée, de sorte que le recourant ne saurait être suivi lorsqu'il affirme que la cour cantonale aurait considéré que les autres critères pour instaurer une garde alternée étaient remplis. Dès lors qu'il ne s'en prend pas à ces éléments dans son mémoire de recours, sa critique n'est pas motivée à suffisance de droit (cf. supra consid. 2.1). En définitive, le recourant tend à substituer sa propre appréciation à celle de la cour cantonale sans démontrer en quoi celle-ci contreviendrait de manière arbitraire à l' art. 298 al. 2ter CC . Il s'ensuit qu'autant que recevable, son grief apparaît infondé.

### **E. 4**

Le recourant expose encore qu'à supposer qu'il faille considérer qu'une garde alternée était prématurée, il fallait retenir que la cour cantonale avait arbitrairement violé l' art. 273 al. 1 CC en jugeant qu'il ne pourrait pas exercer un droit aux relations personnelles plus étendu.

#### **E. 4.1**

La cour cantonale a considéré que, pour les mêmes motifs que ceux exposés pour le refus d'instaurer une garde alternée, il ne se justifiait pas pour le moment d'élargir le droit aux relations personnelles sollicité à titre subsidiaire par le recourant, de sorte que les modalités d'exercice de ce droit prévues par le premier juge devaient être confirmées.

#### **E. 4.2**

Le recourant rappelle avoir requis à titre subsidiaire un élargissement de son droit aux relations personnelles de manière à pouvoir l'exercer une semaine sur deux du mercredi soir au lundi matin et l'autre semaine du jeudi de la sortie de l'école au vendredi à l'entrée à l'école. Il estime que contrairement à ce qu'avait retenu la cour cantonale, les développements concernant la garde alternée ne pouvaient pas s'appliquer mutatis mutandis, le droit aux relations personnelles envisagé ne prenant notamment pas en compte la journée du mercredi. Même s'il n'avait pas prouvé sa disponibilité pour une garde alternée, il s'était toujours rendu disponible pour exercer son droit aux relations personnelles actuel, de sorte qu'il était arbitraire de considérer qu'il ne pourrait pas exercer un tel droit de manière encore plus élargie. Un élargissement lui permettrait de participer à la prise en charge des enfants et à ceux-ci d'entretenir des relations personnelles avec leur père en vue de préparer la garde alternée, dont les autorités s'accordaient à dire qu'elle serait mise en place à terme. Le recourant ne dit pas sur quel critère il se base pour affirmer que le raisonnement de la cour cantonale sur la garde ne serait pas applicable au droit aux relations personnelles et la remarque selon laquelle il s'était toujours rendu disponible pour exercer son droit aux relations personnelles actuel - ce qui n'est pas contesté - ne permet pas d'établir qu'il serait en mesure d'exercer un droit plus large. Pour autant que recevable, son grief d'arbitraire dans l'application de l' art. 0273 al. 1 CC apparaît infondé.

#### **E. 5**

En conclusion, le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires sont mis à la charge du recourant, qui succombe ( art. 66 al.1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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