

# **BGer 5A\_512/2017 vom 22. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_512\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_512_2017)

FR: TF 5A\_512/2017 du 22 décembre 2017

IT: TF 5A\_512/2017 del 22 dicembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté 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 rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par l'autorité supérieure du canton statuant en dernière instance et sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ). Il a en outre été déposé contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4). Contrairement à ce qu'allègue le recourant, bien que le premier juge ait prononcé la garde alternée des enfants "jusqu'à droit connu sur le rapport d'évaluation du [SPJ] à intervenir", lequel a été rendu pendant la procédure d'appel, il n'y a en effet pas lieu de considérer que la décision attaquée aurait pour objet des mesures provisionnelles rendues dans le cadre de mesures protectrices conjugales et, partant, constituerait une décision incidente pouvant causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (cf. arrêt 5A\_212/2012 du 15 août 2012 consid. 1; sur la question, laissée ouverte, de l'admissibilité de telles mesures provisionnelles, cf. arrêts 5A\_870/2013 du 28 octobre 2014 consid. 5; 5A\_212/2012 du 15 août 2012 consid. 2.2.2). Quoi qu'il en soit, la nature de la décision de première instance importe peu, seul celle de l'arrêt de l'autorité cantonale, laquelle a statué après la reddition du rapport du SPJ, étant à cet égard déterminante. A toutes fins utiles, il convient de relever que le recourant ne prétend pas que la cause aurait dû être renvoyée au premier juge pour qu'il statue à nouveau en tenant compte dudit rapport. Le litige porte par ailleurs sur la garde des enfants, le droit aux relations personnelles et les contributions d'entretien, à savoir une affaire non pécuniaire dans son ensemble (arrêt 5A\_470/2016 du 13 décembre 2016). Enfin, le recourant a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ), de sorte que le recours est en principe recevable.

### **E. 2.1**

Dès lors que la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), 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 ("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). 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; 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 142 II 369 consid. 4.3; 141 III 564 consid. 4.1 et les références). Partant, 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).

## **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 aucune 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 140 III 264 consid. 2.3; 136 III 552 consid. 4.2; 129 I 8 consid. 2.1 et les références). 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 ( art. 106 al. 1 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

## **E. 3**

Le recourant se plaint à plusieurs égards d'arbitraire dans l'appréciation des moyens de preuve. Il reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de prendre en compte ou d'avoir évalué de manière insoutenable un certain nombre d'éléments probants dans le cadre de l'appréciation des circonstances justifiant, selon cette autorité, d'attribuer la garde exclusive des enfants à leur mère plutôt que d'instaurer une garde alternée des parents.

### **E. 3.1**

En tant qu'il soutient que, pour parvenir à la conclusion que la garde alternée était incompatible avec le bien des enfants, l'autorité précédente aurait de manière choquante, non seulement sciemment omis de prendre en considération les explications de plusieurs témoins contredisant clairement sa théorie, mais également arbitrairement apprécié certaines de leurs déclarations, son grief n'est pas de nature à démontrer l'arbitraire dans l'appréciation des preuves. Il se contente en effet de reproduire des extraits de témoignages tirés du procès-verbal de l'audience tenue le 26 avril 2016 devant l'autorité de première instance et du rapport du SPJ du 24 octobre 2016, en soulignant certains passages de ces déclarations pour les mettre en évidence. Insuffisamment motivées, ces critiques sont irrecevables ( art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 3.2**

Toujours en lien avec l'attribution de la garde, le recourant prétend que l'avis des enfants a été apprécié de manière insoutenable. S'il ne se justifiait pas, à teneur des principes dégagés par la jurisprudence, d'accorder un poids déterminant à cet avis, compte tenu de leur âge lors de leur audition - soit dix ans et cinq ans et demi -, il ne pouvait cependant pas en être fait totalement abstraction, ce d'autant moins que leurs déclarations coïncidaient avec celles de plusieurs témoins. En écartant de manière lapidaire la volonté clairement exprimée par les enfants de voir leur père autant que leur mère, volonté recueillie par une assistante sociale d'expérience ayant de surcroît souligné la fiabilité exceptionnelle de leurs dires, la

cour cantonale serait tombée dans l'arbitraire.

Cette motivation, de nature essentiellement appellatoire, ne suffit pas à démontrer que la Juge déléguée aurait fait preuve d'arbitraire concernant la prise en considération de l'avis des enfants (cf. art. 298 al. 1 CPC ). Selon la jurisprudence, l'audition ne présuppose pas que l'enfant ait atteint un âge qui lui permette d'avoir la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC . Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant - qui est en principe possible dès qu'il a six ans révolus ( ATF 133 III 553 consid. 3; 131 III 553 consid. 1.2.3) - vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision (arrêts 5A\_53/2017 du 23 mars 2017 consid. 4.1; 5A\_756/2013 du 9 janvier 2014 consid. 4.1 et les références). Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable ( ATF 133 III 146 consid. 2.6; 131 III 553 consid. 1.2.2; arrêt 5A\_971/2015 du 30 juin 2016 consid. 5.1).

En l'occurrence, l'autorité cantonale a estimé que les dires des enfants allant dans le sens d'une garde alternée "ne pouvaient être pris pour argent comptant", pour les motifs suivants: en présence d'enfants de cinq et dix ans (au moment de l'établissement du rapport d'évaluation) - soit loin de l'âge de 12-14 ans auquel on considère qu'ils peuvent développer leur propre volonté à propos notamment de la garde -, leur volonté n'aurait pas dû être considérée comme déterminante par le SPJ, qui devait bien plus interpréter le désir exprimé par les enfants. Ainsi, le fait que le cadet ait déclaré au SPJ que pendant les vacances, il y avait "beaucoup de maisons", et que "ce n'était pas facile de s'y retrouver", aurait dû amener le SPJ à prendre du recul par rapport aux dires des enfants et donc nuancer leurs propos, ce à plus forte raison que ce service reconnaissait qu'ils étaient utilisés comme les messagers de leurs parents et qu'un conflit de loyauté avait été évoqué par l'une des personnes entendues; or rien de tel n'avait été fait.

Le recourant reproche vainement à la Juge déléguée d'être tombée dans l'arbitraire sur ce point. Il méconnaît en effet que l'avis de l'enfant, même si celui-ci a été exprimé clairement, n'est qu'un des critères à prendre en compte dans l'attribution de la garde, ce d'autant qu'il s'agit d'enfants qui n'ont pas atteint un âge leur permettant d'avoir la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC , et que si cet avis doit être pris en considération, il n'est pas décisif en soi. Au vu des motifs relevés par la cour cantonale pour s'en écarter (conflit de loyauté, difficultés pour le cadet dues à l'existence de plusieurs maisons), il n'était pas arbitraire de considérer que cet avis ne devait pas être suivi.

### **E. 3.3**

Selon le recourant, la Juge déléguée aurait de plus apprécié les preuves de manière arbitraire en considérant que les déclarations de la fille au pair de la famille entre juin 2015 et mars 2016 ne pouvaient être prises en compte car elles étaient sujettes à caution. Il affirme que celle-ci, au demeurant assistante sociale de formation et titulaire d'un master en psychologie, était la personne la mieux à même de s'exprimer sur la situation et l'évolution des enfants, ayant connu les différents modes de garde successivement appliqués par les parents (à savoir la garde exclusive par le père, la garde alternée et la garde exclusive par la mère). Elle avait certes indiqué avoir mis fin prématurément à son contrat de travail au motif que la mère des enfants lui "mettait la pression". Au vu des circonstances, cet élément

n'était toutefois pas susceptible d'avoir un impact sur son appréciation de la situation. Quant au fait qu'il lui ait expliqué comment son audition allait se dérouler et quelles questions étaient susceptibles de lui être posées, cela ne signifiait pas encore qu'il lui aurait dicté les réponses à fournir, ce que l'autorité cantonale n'avait du reste pas été jusqu'à affirmer.

Une fois encore, le recourant oppose sa propre appréciation d'un moyen de preuve à celle de la cour cantonale, ce qui ne suffit pas à en démontrer l'arbitraire. L'opinion de l'autorité précédente selon laquelle le témoignage de la fille au pair n'était pas déterminant au regard des autres éléments du dossier, ce d'autant qu'au vu de l'ampleur du conflit entre les parties, cette employée ne disposait pas d'un recul suffisant, ne saurait en effet être considéré comme insoutenable au sens de la jurisprudence (cf. supra consid. 2.2).

### **E. 3.4**

La Juge déléguée aurait encore fait preuve d'arbitraire en estimant que les conclusions du rapport du SPJ n'étaient pas convaincantes.

#### **E. 3.4.1**

Dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, il s'agit d'aménager le plus rapidement possible une situation optimale pour les enfants. De longs éclaircissements, notamment par expertise, ne sauraient être la règle, même dans les cas litigieux; ils ne doivent être ordonnés que dans des circonstances particulières (abus sexuels sur les enfants, par exemple; arrêt 5A\_470/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.1.2). Si le juge ordonne une expertise, il ne saurait s'en écarter sans raison sérieuse et doit motiver sa décision à cet égard ( ATF 133 II 384 consid. 4.2.3; 129 I 49 consid. 4; arrêt 5A\_478/2016 du 10 mars 2017 consid. 5.2.2). Il n'a toutefois en principe pas d'obligation de mettre en oeuvre la mesure probatoire et peut fonder sa conviction sur d'autres moyens de preuve à sa disposition (arrêt 5A\_905/2011 du 28 mars 2012 consid. 2.5). Il peut ainsi avoir recours aux services de protection de l'enfance ou de la jeunesse pour demander un rapport sur la situation familiale, une enquête sociale pouvant avoir son utilité en cas de situation conflictuelle et de doute sur la solution adéquate pour les enfants ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêt 5A\_488/2017 du 8 novembre 2017 consid. 3.1.1; CÉLINE DE WECK-IMMELÉ, in Commentaire pratique, Droit matrimonial, Bâle 2016, n° 193 ad art. 176 CC ; FRANÇOIS BOHNET, in ibidem, n° 17 ad art. 273 CPC ).

#### **E. 3.4.2**

La Cour d'appel a considéré en substance que les éléments déterminants dans l'appréciation du SPJ avaient été la disponibilité des parents et la stabilité des enfants. Ledit service avait aussi tenu compte des témoignages recueillis ainsi que des dires des enfants. Il avait enfin pris en considération la proximité des domiciles des parties et de l'école des enfants. Si les difficultés de communication entre les parents avaient été évoquées, ce problème, pourtant qualifié de "majeur", n'avait pas amené le SPJ à proposer un autre mode de garde que celui de la garde alternée. Il apparaissait toutefois que les éléments factuels sur lesquels ce service avait pris appui étaient soit contredits par le contenu même du rapport d'évaluation du 24 octobre 2016, soit erronés, voire encore fondés sur des éléments appréciés de manière inexacte.

Concernant tout d'abord la disponibilité des parents, la cour cantonale a estimé que le SPJ avait privilégié la version des faits du mari au détriment de celle de l'épouse, en se fondant sur des éléments - en particulier les dires des enfants et le témoignage de la fille au pair -

dont la force probante aurait dû être considérée avec retenue. Il avait ainsi posé, sur la base de ces éléments, que le père pouvait s'organiser pour être présent dans la vie des enfants de manière régulière et prévisible, ce qui était moins facile pour la mère vu la nature de ses activités professionnelles. Le SPJ n'avait en revanche pas tenu compte des dires de la mère, ni des documents relatifs à l'emploi du temps respectif des parties, au motif qu'il ne lui appartenait pas d'en estimer la fiabilité dans le cadre d'une enquête sociale.

Il ressortait en outre du contenu du rapport d'évaluation, en particulier des témoignages des enseignantes des enfants et de la logopédiste du cadet, que la situation découlant de la garde alternée ne leur offrait pas la stabilité pourtant admise par le SPJ. Ledit rapport faisait aussi apparaître un problème de communication entre les parents qui, bien que qualifié de majeur par ce service, n'avait pas amené celui-ci à proposer un autre mode de garde. Ces éléments allaient à l'encontre du critère de la stabilité retenu par le SPJ en faveur d'une garde alternée. Ils faisaient au contraire état d'une situation difficile à vivre, qui produisait des effets négatifs sur les enfants (un des témoins parlant même d'un conflit de loyauté), de sorte qu'ils ne pouvaient être considérés comme anodins. Or, bien que dûment exposés dans le rapport, ces éléments avaient été occultés par le SPJ. Interrogée le 30 janvier 2017, la représentante de ce service avait reconnu l'existence de difficultés de communication entre les parents mais avait indiqué qu'elle imaginait mal qu'elles perdurent, les parties étant deux personnes intelligentes. Selon l'autorité cantonale, on peinait à comprendre, sur ce point, la représentante du SPJ, en ce sens que l'on ne discernait pas ce qui permettrait, en l'espèce, de ne pas tenir compte des difficultés de communication au motif que les parties seraient "intelligentes"; d'ailleurs, ladite représentante n'avait pas été en mesure de dire si une garde alternée pourrait améliorer les problèmes de communication constatés.

### **E. 3.4.3**

Le recourant ne démontre pas en quoi cette appréciation serait insoutenable ( art. 106 al. 2 LTF ). Concernant en particulier la disponibilité respective des parents, il n'est pas décisif que le SPJ ait également retenu que l'activité professionnelle de la mère était "soutenue", en s'appuyant sur le fait que celle-ci bénéficiait depuis toujours des services de filles au pair, que les enfants fréquentaient presque quotidiennement la cantine scolaire ainsi que le secteur parascolaire et que la pédiatre des enfants avait indiqué que l'intéressée, bien qu'elle fût venue aux rendez-vous importants, était "très occupée". En effet, ces constatations n'établissent pas que l'opinion de la Juge déléguée, selon laquelle le SPJ avait privilégié la version des faits du père au détriment de celle de la mère, serait arbitraire.

Il en va de même des critiques du recourant relatives à la stabilité des enfants. A cet égard, il soutient que, contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale, le SPJ n'a nullement "occulté" les déclarations des témoins relatives aux difficultés exprimées par les enfants dès lors que, d'une part, il était impossible de déterminer si le mal-être de l'aînée avait été constaté par son enseignante pendant la période de la garde alternée ou postérieurement à celle-ci et que, d'autre part, les déclarations de la logopédiste du cadet ne permettaient en aucune façon de retenir que la garde alternée aurait eu un impact négatif sur celui-ci, aucune séance de logopédie n'ayant eu lieu durant la pratique de la garde alternée. Ces allégations ne sont toutefois pas propres à démontrer l'arbitraire. Tel est aussi le cas lorsque le recourant se plaint d'une appréciation insoutenable des explications de l'enseignante du fils des parties, étant rappelé qu'il ne suffit pas qu'une autre solution soit également envisageable pour considérer l'appréciation de faits retenue comme arbitraire (cf. notamment ATF 140 III 16 consid. 2.1 et les arrêts cités). Compte tenu du pouvoir

d'examen restreint dévolu au Tribunal fédéral, on ne saurait dire que l'arrêt attaqué violerait l'art. 9 Cst. sur ce point. Contrairement à ce qu'affirme une fois encore le recourant, l'autorité cantonale ne peut pas non plus se voir reprocher d'avoir fait preuve d'arbitraire en ce qui concerne la prise en compte de l'avis des enfants (cf. supra consid. 3.2). Enfin, le grief selon lequel il serait manifestement erroné de retenir que le SPJ a omis de prendre en considération les problèmes de communication rencontrés par les parties n'apparaît pas non plus déterminant, la Juge déléguée ayant en réalité reproché au SPJ d'avoir estimé que la garde alternée était dans l'intérêt des enfants en dépit de ces difficultés, qualifiées pourtant par lui de majeures.

Sur le vu de ce qui précède, l'autorité cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en s'écartant des conclusions du rapport du 24 octobre 2016 et en substituant sa propre appréciation à celle du SPJ, cela d'autant plus que ce moyen de preuve ne constituait pas une expertise proprement dite, dont le juge ne peut s'écarter qu'à des conditions plus strictes (cf. supra consid. 3.4.1).

#### **E. 4**

Le recourant développe encore sur plusieurs pages une argumentation tendant à démontrer l'arbitraire dans l'établissement des faits en relation avec l'existence d'un grave conflit parental, la capacité de communication des parents, la disponibilité de l'intimée et le critère de la stabilité des enfants.

##### **E. 4.1**

Il soutient d'abord, en résumé, que les éléments retenus par l'autorité cantonale, replacés dans leur contexte, ne permettent pas de rendre vraisemblable l'existence actuelle d'un conflit parental grave et persistant mettant à mal la garde alternée, et prétend que c'est de manière manifestement insoutenable que l'instance précédente a reconnu le contraire. A cet égard, il fait valoir que le témoignage de l'enseignante de son fils confirme seulement que le passage d'une garde exclusive à une garde alternée implique la mise en place d'une organisation susceptible de prendre quelques semaines. Il affirme en outre qu'il ne peut être déduit du retard de langage dont souffre l'enfant qu'il existerait des tensions particulièrement marquées entre les parties et qu'en retenant le contraire, la Cour d'appel s'est manifestement trompée sur le sens et la portée des déclarations de la logopédiste de l'enfant. Les dires de l'enseignante de l'aînée des enfants et ceux de l'ancienne fille au pair des époux auraient également été mal interprétés par l'autorité cantonale. En définitive, le recourant prétend que s'il est indéniable que des tensions inhérentes à toute séparation existent entre les parties, la Juge déléguée a apprécié les preuves et constaté les faits de manière insoutenable en retenant l'existence d'un conflit parental grave et durable susceptible de faire échec à une garde alternée.

Le recourant conteste en outre que la capacité des parents à communiquer entre eux puisse faire obstacle à la garde alternée. S'il admet que la communication entre les conjoints s'est détériorée lorsque l'intimée a soudainement et de force imposé une garde exclusive en sa faveur en janvier 2016, il affirme que les quelques désaccords survenus entre eux se sont inscrits dans le cadre de la nouvelle stratégie judiciaire de l'épouse visant à l'obtention de la garde exclusive, ce que le premier juge avait fort justement retenu. Pour le surplus, les problèmes de communication mis en évidence par la Cour d'appel concerneraient soit des tensions liées à la procédure de mesures protectrices en tant que telle et ses implications financières, soit le conflit conjugal durant la période immédiatement consécutive à la

séparation, respectivement la fin de la garde alternée. Les désaccords entre les parties n'auraient en particulier jamais porté sur des questions relatives à la manière dont chacun des parents s'occupe des enfants. En retenant que le conflit conjugal a un impact sur la capacité de collaborer des parents pour ce qui a trait aux enfants, alors qu'aucun élément objectif ne soutient ce raisonnement, l'autorité cantonale serait manifestement tombée dans l'arbitraire.

En ce qui concerne la disponibilité respective des parents, le recourant reproche à la Cour d'appel d'avoir tenu pour établi que les tâches professionnelles de l'intimée, autres que celles liées à sa qualité de p. \_\_\_\_\_, ne consistaient qu'à participer à quelques séances par année, de surcroît planifiées à l'avance et en fonction des disponibilités de celle-ci. Il fait valoir que la Juge déléguée ne pouvait retenir sans arbitraire que les allégations de l'intimée étaient prouvées, faute de tout élément objectif les corroborant. De surcroît, les dires de l'épouse seraient très clairement contredits par de nombreux éléments du dossier - qu'il énumère en détail - dont l'autorité précédente aurait complètement fait abstraction. Dès lors, la Cour d'appel ne pouvait déceimment constater qu'il n'était pas établi que l'intimée exerce une activité professionnelle au moins à temps complet. Tout au plus pouvait-elle admettre qu'aucun des époux ne pouvait se prévaloir d'une plus grande disponibilité que l'autre pour s'occuper personnellement des enfants, dès lors que tous deux ont besoin d'un tiers pour assumer la prise en charge quotidienne de ceux-ci.

Enfin, la Cour d'appel aurait suivi de façon manifestement insoutenable les allégations non prouvées de l'intimée, selon lesquelles la garde exclusive des enfants par elle-même leur apportait davantage de stabilité que le système de la garde alternée auquel ils avaient eu des difficultés à s'adapter, et ce sans tenir compte des éléments allant dans le sens contraire.

#### **E. 4.2**

Ce faisant, le recourant se borne essentiellement à opposer sa propre version des faits à celle de l'autorité cantonale. Ses allégations, fussent-elles pour certaines avérées, s'apparentent en effet à des critiques de nature appellatoire qui ne permettent pas de démontrer en quoi l'état de fait retenu par la Cour d'appel serait arbitraire. A cet égard, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de procéder une nouvelle fois à l'appréciation des preuves administrées, mais à la partie recourante d'établir précisément en quoi celle opérée par l'autorité précédente serait manifestement inexacte ou incomplète ou en quoi les faits constatés auraient été établis au mépris des règles de procédure. En l'occurrence, l'argumentation avancée par le recourant, aussi circonstanciée soit-elle, ne permet pas encore de considérer que l'établissement des faits effectué par la Juge déléguée, en particulier concernant la gravité du conflit parental, les difficultés de communication entre les parents, la disponibilité de l'intimée et la stabilité des enfants, serait arbitraire dans son résultat (cf. notamment ATF 141 III 564 consid. 4.1 et les arrêts cités).

#### **E. 5**

Selon le recourant, le refus d'instaurer la garde alternée des enfants et la décision d'accorder leur garde exclusive à l'intimée constituerait une application insoutenable des art. 273 ss et 298 al. 2ter CC .

##### **E. 5.1**

Bien que l'autorité parentale conjointe soit la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ( art. 296 al. 2 et 301a CC ; ATF 142 III 1 consid.

3.3, 56 consid. 3 et les références), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée (arrêt 5A\_34/2017 du 4 mai 2017 consid. 5.1 et la jurisprudence citée). Précédemment déjà, le juge devait néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci était possible et compatible avec le bien de l'enfant ( ATF 142 III 612 consid. 4.2, 617 consid. 3.2.3). En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale ( ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan ( ATF 131 III 209 consid. 5). Désormais, le nouvel art. 298 al. 2ter CC (applicable vu l' art. 13c bis al. 1 Tit. fin. CC ) prévoit expressément que lorsque 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. Le juge doit donc 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.

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 des parents de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulières 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 617 consid. 3.2.3). 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 ce dernier 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 à cet égard.

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, 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 du 4 mai 2017 consid. 5.1; 5A\_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1 et les références).

Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent ( ATF 142 III 617 consid.

3.2.4).

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; 115 II 317 consid. 2 et 3). 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 ( art. 4 CC ; ATF 132 III 97 consid. 1 et les références).

## **E. 5.2**

Dans le cas particulier, l'autorité cantonale a considéré que les capacités éducatives de chacun des parents et la bonne relation de l'un et l'autre avec les enfants n'étaient pas remises en cause. Aucun élément du dossier ne permettait en outre de soutenir le contraire. L'existence d'un conflit marqué et persistant entre les parties portant sur des questions liées aux enfants devait cependant être reconnue, sous l'angle de la vraisemblance du moins. Dans le cadre d'une garde alternée, cette situation aurait pour conséquence d'exposer de manière récurrente les enfants, déjà scolarisés, à la situation conflictuelle, ce qui était contraire à leur intérêt. Cette question ne pouvait en l'état être relativisée et permettait, à elle seule, de ne pas maintenir la garde alternée décidée par le premier juge.

A supposer que les différentes activités professionnelles de l'épouse - en tant que y. \_\_\_\_\_ et au sein de divers conseils d'administration - représentent un temps complet, comme soutenu par le mari qui estimait même son taux de travail à 130%, ce paramètre ne serait pas en soi propre à conduire à analyse différente et, surtout, à un résultat différent, le père travaillant tout autant que la mère. Bien plus, l'instauration d'une garde alternée nécessiterait l'intervention d'un tiers supplémentaire puisqu'il était plus que vraisemblable que le père devrait être à son tour secondé vu sa situation professionnelle, ce qui ne plaiderait pas, pour l'heure, en faveur de la stabilité des enfants. Or, compte tenu de leur âge, il était particulièrement important qu'ils puissent bénéficier d'un environnement stable et familial.

Depuis la fin de la garde alternée en janvier 2016, les enfants avaient retrouvé un rythme et une stabilité chez leur mère. Aucun élément concret ne permettait d'affirmer que la situation actuelle exercerait un impact négatif sur la situation des enfants, qui en souffriraient. La logopédiste qui suivait le cadet depuis novembre 2015 avait même constaté une amélioration de sa capacité d'attention, un enrichissement de son vocabulaire et la perception de certaines fréquences qu'il n'entendait pas.

Il n'apparaissait pas non plus que la mère restreigne les contacts des enfants avec leur père. Au contraire, le droit aux relations personnelles, pourtant non réglementé, paraissait fonctionner, rien au dossier n'autorisant à affirmer que l'épouse ne permettrait pas au mari d'exercer un tel droit, lequel apparaissait même plus largement pratiqué qu'usuellement puisqu'il était exercé jusqu'au lundi matin à la reprise de l'école.

Dans ces conditions, la situation de fait, soit la garde exclusive des enfants par leur mère, devait être maintenue dans l'intérêt bien compris de ceux-ci. Cette solution permettait de garantir la stabilité construite depuis presque une année et demie et d'éviter que les enfants ne soient à nouveau pris au coeur du litige, qui n'était de loin pas apaisé et exerçait des répercussions sur les enfants. L'autorité cantonale a toutefois précisé que les mesures protectrices de l'union conjugale ont pour vocation de régler la situation de manière provisoire et que, dès lors, la possibilité d'instaurer dans le futur une garde alternée en

fonction de l'évolution de la capacité des parties à collaborer devait être réservée.

### **E. 5.3**

Selon le recourant, l'autorité précédente se serait manifestement méprise dans la pondération et l'appréciation des différents critères dégagés par la jurisprudence pour déterminer si l'instauration d'une garde alternée correspond ou non à l'intérêt des enfants. Il soutient qu'elle était tenue de se pencher sur l'intégralité de ces critères, et non se limiter à considérer comme déterminants ceux qui lui permettaient de soutenir la solution qu'elle avait apparemment d'emblée choisie - soit l'attribution de la garde exclusive à l'intimée -, qui plus est en les appréciant de manière insoutenable. Reprenant en particulier les critères de la communication entre les parents et de leur disponibilité respective, ainsi que ceux de la stabilité et du souhait des enfants, il fait valoir son propre examen de la situation et conclut que ces différents éléments plaident en faveur d'une garde alternée. Or, soit son argumentation se fonde sur une appréciation des preuves et un établissement des faits qui ne correspondent pas à ce que retient l'arrêt attaqué, sans qu'il n'ait démontré d'arbitraire à ce sujet (cf. supra consid. 3 et 4), soit ses critiques consistent en de simples allégations et dans la formulation de sa propre opinion qui, bien qu'elle puisse paraître cohérente, ne rend pas encore choquante celle défendue par la Juge déléguée. Quant à l'octroi de la garde exclusive à l'intimée plutôt qu'au recourant, celui-ci ne démontre pas non plus que cette solution serait arbitraire. Cela d'autant plus que, les enfants vivant auprès de leur mère depuis janvier 2016, le critère de la stabilité commande plutôt de ne pas leur imposer un nouveau changement à ce stade de la procédure, et ce même si l'intimée a mis unilatéralement fin à la garde alternée. Au demeurant, celle-ci, qui était pratiquée depuis septembre 2015, n'a duré que quelques mois.

Dès lors, le recourant n'établit pas que l'arrêt attaqué serait insoutenable dans son résultat, étant rappelé que l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait aussi concevable. Pour le surplus, il n'apparaît pas, et le recourant ne le met d'ailleurs nullement en évidence, que la cour cantonale aurait excédé de manière arbitraire son pouvoir d'appréciation ( art. 4 CC , en relation avec l' art. 9 Cst. ), par exemple en se référant à des critères dénués de pertinence ou en ne tenant pas compte d'éléments essentiels ( ATF 135 III 121 consid. 2; 133 III 201 consid. 5.4; 132 III 97 consid. 1; 117 II 353 consid. 3; 115 II 317 consid. 2; cf. aussi ATF 127 III 136 consid. 3a).

### **E. 6**

Le recourant se plaint encore d'une application arbitraire des art. 273 et 296 CC . Il reproche à l'autorité cantonale d'avoir limité son droit aux relations personnelles à un droit usuel strict, au motif que l'intimée n'avait pas pris de conclusions particulières à ce sujet et qu'il n'y avait pas de concertation des parties sur ce point. Selon lui, non seulement ledit manque de concertation a été constaté de façon arbitraire dès lors que, dans les faits, les conjoints ont déjà mis en place un droit aux relations personnelles légèrement plus large qu'un droit usuel, ce que retient d'ailleurs l'arrêt attaqué, mais en outre, et surtout, l'autorité précédente a retenu de manière parfaitement insoutenable, compte tenu de l'application de la maxime d'office, que l'absence de conclusions de l'intimée relatives à un droit aux relations personnelles élargi l'empêchait de fixer un tel droit.

#### **E. 6.1**

Aux termes de l' art. 273 al. 1 CC , auquel renvoie l' art. 176 al. 3 CC , le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement

le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Le droit aux relations personnelles est conçu comme un droit et un devoir réciproque des parents et de l'enfant, qui sert en premier lieu les intérêts de celui-ci ( ATF 131 III 209 consid. 5; 127 III 295 consid. 4a; 123 III 445 consid. 3b; arrêts 5A\_568/2017 du 21 novembre 2017 consid. 5.1; 5A\_184/201 du 9 juin 2017 consid. 4.1 et les références); dans chaque cas, la décision doit donc être prise de manière à répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant (cf. ATF 136 I 178 consid. 5.3; 117 II 353 consid. 3; 115 II 206 consid. 4a et 317 consid. 29; arrêts 5A\_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 3.2.2.2; 5A\_246/2015 du 28 août 2015 consid. 3.1; 5A\_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.1), l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan ( ATF 130 III 585 consid. 2.2.1 et les références).

L' art. 296 al. 3 CPC , selon lequel le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties, instaure l'application de la maxime d'office ( art. 58 al. 2 CPC ). Celle-ci est avant tout prévue pour permettre une prise en compte adéquate des intérêts de l'enfant (NICOLAS JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 16 ad art. 296 CPC ). La maxime d'office s'applique à la réglementation du droit aux relations personnelles, de sorte que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties ( ATF 122 III 404 consid. 3d; 120 II 229 consid. 1c; 119 II 201 consid. 1; arrêt 5A\_127/2009 du 12 octobre 2009 consid. 4.4).

### **E. 6.2**

En l'espèce, l'autorité cantonale a considéré que, malgré le conflit existant entre les époux, il n'y avait pas lieu de restreindre le droit aux relations personnelles du père "en deçà du droit de visite usuel", rien n'indiquant que le bien des enfants serait compromis lors de l'exercice de ce droit. Aucune allégation en ce sens ne ressortait du dossier. Il apparaissait même que le père exerçait un droit aux relations personnelles légèrement plus étendu qu'un droit usuel, puisqu'il ressortait de plusieurs titres au dossier qu'il serait exercé jusqu'au lundi matin à la rentrée de l'école. Cela étant, à défaut de conclusions de la mère allant dans ce sens et de concertation des parties sur ce point - un libre et large droit aux relations personnelles ne pouvant s'appliquer que lorsque les parties en conviennent expressément -, il y avait lieu d'en fixer l'exercice selon les modalités habituelles. Ainsi, le père bénéficierait d'un droit aux relations personnelles usuel, à savoir un week-end sur deux, du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00 ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, alternativement à Noël ou à Nouvel An, à Pâques ou à la Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent et de les y ramener. Les parties restaient toutefois libres de convenir d'autres modalités plus étendues si elles trouvaient un terrain d'entente à ce sujet.

### **E. 6.3**

Dès lors que la maxime d'office - et inquisitoire - s'applique en la matière, les conclusions des parties n'étaient pas déterminantes; aussi incombait-il à l'autorité cantonale de déterminer l'ampleur et les modalités du droit aux relations personnelles convenant le mieux aux enfants. En estimant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder au père un droit aux relations personnelles plus étendu que le droit usuellement prévu "à défaut de conclusion de l'appelante allant dans ce sens et faute de concertation des parties sur ce point", la Juge déléguée a donc arbitrairement appliqué le droit fédéral. Cette décision apparaît en outre insoutenable dans son résultat. Il résulte en effet des constatations de l'arrêt querellé que depuis le mois de janvier 2016, le père exerce "un libre droit de visite sur ses enfants en accord avec son épouse". L'autorité cantonale a par ailleurs retenu qu'il exerçait

apparemment un droit aux relations personnelles légèrement plus étendu qu'un droit usuel, à savoir "jusqu'au lundi à la rentrée de l'école". Rien n'indiquait en outre que le bien des enfants soit compromis lors de l'exercice de ce droit, malgré le conflit existant entre les parties. Il résulte en outre de l'arrêt entrepris que les enfants ont déclaré au SPJ qu'ils souhaitaient voir leur père autant que leur mère. Si cet avis clairement exprimé ne suffit pas à rendre arbitraire le refus de l'autorité cantonale d'instaurer une garde alternée, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un élément important à prendre en considération dans la fixation du droit aux relations personnelles. Il convient dès lors d'annuler l'arrêt attaqué sur ce point et de prévoir un droit aux relations personnelles correspondant aux conclusions prises par le recourant, à savoir au minimum un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin à la reprise des classes, un soir et une nuit dans la semaine de la sortie de l'école jusqu'au lendemain à la reprise des classes ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés.

## **E. 7**

Dans un dernier grief, le recourant se plaint d'arbitraire en lien avec la fixation des contributions d'entretien. Il conteste d'une part les revenus de l'épouse tels que fixés par l'autorité précédente, au motif qu'ils n'incluent pas la rémunération qu'elle perçoit pour ses fonctions dans l'Association G.\_\_\_\_\_, et soutient d'autre part que les modalités de la prise en charge des frais des enfants ne se justifient pas si la garde alternée est réinstaurée ou si la garde exclusive lui est attribuée.

### **E. 7.1.1**

En ce qui concerne les revenus de l'intimée, l'autorité cantonale a considéré qu'en première instance, il avait été retenu que celle-ci serait élue présidente de l'Association G.\_\_\_\_\_, le 3 novembre 2016, mais que les futurs revenus qu'elle percevrait à ce titre n'étaient pas connus. Selon le premier juge, l'épouse avait soutenu que son mandat pour H.\_\_\_\_\_ devait prendre fin le 31 décembre 2017, mais qu'elle avait d'ores et déjà entrepris des démarches pour se faire remplacer durant l'année 2017, car elle ne pouvait pas cumuler cette activité avec celle qu'elle effectuerait au sein de l'association précitée en raison de ses obligations familiales.

Après avoir arrêté le revenu mensuel net de l'épouse à 9'699 fr. 20 par mois pour l'ensemble de la période litigieuse, la Juge déléguée a encore précisé, à toutes fins utiles qu'aucun montant n'avait été retenu pour l'activité déployée par celle-ci en sa qualité de Présidente de l'Association G.\_\_\_\_\_, pour le motif suivant. Si, en audience du 30 janvier 2017, l'épouse avait déclaré qu'elle espérait "toucher 50'000 fr. pour 2017", elle avait aussi précisé que la somme perçue le serait en compensation de celle reçue de H.\_\_\_\_\_ qu'elle allait quitter. Il ne se justifiait dès lors pas d'ajouter ce montant aux revenus 2017 de l'épouse.

### **E. 7.1.2**

Le recourant fait valoir que, si l'intimée a certes indiqué qu'elle entendait mettre dès que possible un terme à son activité au sein de H.\_\_\_\_\_, force serait de constater qu'à ce jour, il n'en est rien et qu'elle assume toujours ses fonctions, avec pour conséquence qu'elle percevra à nouveau les revenus y relatifs en 2017. Dans ces circonstances, il serait manifestement insoutenable de ne pas tenir compte des revenus provenant de l'Association G.\_\_\_\_\_, alors qu'il découle clairement du dossier que les deux rémunérations se cumuleront à tout le moins en 2017.

Cette argumentation est irrecevable, dans la mesure où elle se fonde sur un fait - la continuation par l'intimée de son activité au sein de H. \_\_\_\_\_ en 2017 - qui ne résulte pas de l'arrêt attaqué sans que le recourant ne soulève de grief à cet égard, de sorte qu'il doit être qualifié de nouveau ( art. 99 LTF ). Au demeurant, il n'apparaît pas que le recourant ait invoqué l'éventualité de ce fait en appel, en particulier lors de l'audience du 30 janvier 2017. Dès lors qu'il n'a pas soulevé la moindre objection à cet égard devant l'autorité précédente, il ne saurait se plaindre d'arbitraire sur ce point, faute d'épuisement des instances ( art. 75 al. 1 LTF ; ATF 143 III 290 consid. 1.1; 135 III 1 consid. 1.2; 134 III 524 consid. 1.3; arrêt 5D\_77/2017 du 25 octobre 2017).

### **E. 7.2**

En tant qu'il concerne les modalités de sa contribution à l'entretien des enfants, le grief du recourant apparaît sans objet, dès lors qu'il n'y a pas lieu de modifier l'arrêt entrepris s'agissant de l'attribution de la garde exclusive à l'intimée. Il convient par ailleurs de préciser que si le recourant exercera certes un droit aux relations personnelles plus large que celui qui est usuellement accordé, puisqu'il accueillera ses enfants un soir et une nuit dans la semaine ainsi qu'un week-end sur deux de la sortie de l'école jusqu'au lundi matin, sans compter la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, il n'y a toutefois élargissement que dans la mesure où les enfants passeront plus de soirées et de nuits chez leur père que dans le cadre d'un droit de visite usuel. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas qu'il faille prendre en compte des dépenses supplémentaires liées à l'exercice de ce droit, lesquelles sont du reste, en principe, à la charge du parent qui en bénéficie ( ATF 95 II 385 consid. 3 in fine; arrêts 5A\_517/2008 du 1er décembre 2008 consid. 2.3; 5P.327/2005 du 27 février 2006 consid. 4.4.2).

### **E. 8**

En conclusion, le recours doit être très partiellement admis, dans la mesure où il est recevable, et l'arrêt entrepris réformé s'agissant du droit aux relations personnelles dans le sens de ce qui précède (cf. supra consid. 6). La quasi-totalité du recours se révélant mal fondée, les frais et dépens de la présente procédure seront supportés par le recourant, qui succombe pour l'essentiel (art. 66 al. 1, 68 al. 1 et 2 LTF). Pour cette même raison, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et dépens de la procédure cantonale.

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