

# **BGer 5A\_565/2023 vom 21. März 2024**

Bundesgericht, 2024-03-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_565\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_565_2023)

FR: TF 5A\_565/2023 du 21 mars 2024

IT: TF 5A\_565/2023 del 21 marzo 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile (art. 46 al. 2 let. a et 100 al. 1 LTF) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), le recours est dirigé contre une décision qui porte sur des mesures provisionnelles ordonnant le versement d'une contribution d'entretien en faveur d'enfants nés hors mariage, à savoir une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 137 III 586 consid. 1.2; arrêt 5A\_591/2023 du 22 février 2024 consid. 1 et la référence) 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 pécuniaire dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **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), le recourant ne peut dénoncer que la violation de ses 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 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1). 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; 140 III 264 consid. 2.3 et les références). 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 145 II 32 consid. 5.1; 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 147 I 241 consid. 6.2.1; 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3). Le choix d'une solution ne saurait être qualifiée d'arbitraire lorsque la question est controversée en doctrine (arrêts 4A\_349/2023 du 13 décembre 2023 consid. 7.1 et les références; 5A\_425/2023 du 23 octobre 2023 consid. 4.2.3).

### **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. 2.3**

A titre de moyens de preuve, le recourant demande l'édition du dossier cantonal. Sa requête est satisfaite, la juridiction précédente ayant déposé dit dossier dans le délai imparti à cet effet ( art. 102 al. 2 LTF ).

### **E. 2.4**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer que les conditions sont remplies ( ATF 148 V 174 consid. 2.2; 143 V 19 consid. 1.1), vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ( ATF 144 V 35 consid. 5.2.4) ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

Ne remplissant pas les conditions d'exception susmentionnées, les pièces nouvelles no 3, 7 à 10 que le recourant produit à l'appui de son recours, soit un courrier du 10 juillet 2023 du conseil de l'intimée à celui du recourant, ainsi que des estimations d'impôts, doivent être écartées. En revanche, les pièces no 4 à 6 produites par le recourant qui faisaient déjà partie du dossier cantonal sont recevables.

### **E. 3**

Invoquant une violation de l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ), le recourant soutient que la cour cantonale n'a pas correctement arrêté ses revenus.

#### **E. 3.1**

La cour cantonale a notamment constaté que les résultats d'exploitation réalisés par le père dans le cadre de son activité d'agriculteur indépendant avaient fluctué d'une année à l'autre, le revenu d'exploitation s'étant élevé à 31'907 fr. en 2019, 76'914 fr. en 2020 et 67'757 fr. en 2021. Si, contrairement à ce que demandait la mère, il n'y avait pas lieu de prendre en compte la valeur locative ni de faire abstraction des résultats de l'année 2019, il convenait en revanche d'ajouter aux résultats d'exploitation les amortissements, par respectivement 52'740 fr. en 2019, 61'346 fr. en 2020 et 58'229 fr. en 2021, ceux-ci étant de nature

purement comptable. Compte tenu de ces éléments, on aboutissait à un revenu d'exploitation de 9'691 fr. par mois en moyenne ([31'907 fr. + 52'740 fr. + 76'914 fr. + 61'346 fr. + 67'757 fr. + 58'229 fr.] : 3 : 12). Il fallait y ajouter le revenu accessoire mensuel de 518 fr. réalisé par l'intéressé, ce qui conduisait à un revenu mensuel moyen de 10'209 fr.

La cour cantonale a ajouté que le revenu net, qui correspondait à 122'508 fr. par an, paraissait d'ailleurs entrer dans la tranche de revenus définissant le tarif appliqué pour fixer les frais d'école maternelle des deux enfants. En effet, ceux-ci s'élevaient à 165 fr. par mois et par enfant pour deux demi-jours d'école par semaine à l'école maternelle et correspondaient au tarif E, lequel était appliqué lorsque les revenus bruts déterminants se situaient entre 141'960 fr. et 162'240 fr. par année.

### **E. 3.2**

Le recourant se plaint de ce que la cour cantonale a arrêté ses revenus en ajoutant les amortissements aux résultats d'exploitation. Se référant à l'arrêt 5A\_280/2015 du 27 novembre 2015 (consid. 4.2.3 publié in FamPra.ch 2016 p. 462), il expose en substance que le Tribunal fédéral avait déjà considéré qu'il était arbitraire de prendre en considération la totalité des amortissements ordinaires pour établir le revenu d'un agriculteur indépendant. Les amortissements continus et réguliers des actifs immobilisés n'avaient pas à être ajoutés à ses revenus; seuls les amortissements et provisions extraordinaires pouvaient l'être. En l'occurrence, les amortissements figurant dans ses comptes de résultat étaient tous des amortissements ordinaires puisqu'ils permettaient de maintenir la substance de son patrimoine. Il ressortait en effet du rapport de sa fiduciaire, document qui avait arbitrairement été ignoré par la cour cantonale, que les amortissements avaient été calculés en respectant scrupuleusement la notice " A/2001 Agriculture/Sylviculture " éditée par l'administration fédérale des contributions, dont le contenu constituait un fait notoire. Au demeurant, le rapport précité mentionnait que les comptes avaient été admis tels quels par le service des contributions, preuve supplémentaire que les amortissements n'étaient pas surfaits. Enfin, selon le complément d'informations de sa fiduciaire, au vu de la situation actuelle du marché, les taux d'amortissement devaient même être revus à la hausse. Le recourant ajoute que la prise en compte des amortissements aboutissait à un résultat insoutenable puisqu'elle avait pour effet de quasiment doubler son revenu, de 5'430 fr. à 9'487 fr., entraînant ainsi la fixation de contributions d'entretien trop élevées.

Le recourant fait également valoir que la motivation cantonale en lien avec le tarif appliqué par l'école maternelle des enfants était, elle aussi, insoutenable. La pièce no 13 produite par l'intimée montrait que le tarif mentionné dans l'arrêt entrepris n'était pas le bon. De plus, la cour cantonale avait tenu son raisonnement sans examiner comment l'école maternelle, qui avait ses propres règles pour établir le revenu brut et son tarif, calculait le revenu des parents. Il ressortait par exemple du site internet de l'école et de la pièce no 14 qu'il avait produite que pour établir le revenu brut, l'école maternelle tenait compte des valeurs locatives des immeubles ainsi que des intérêts des dettes et des frais d'immeubles. Or, ces éléments n'avaient pas à être pris en considération dans le calcul des contributions d'entretien.

### **E. 3.3**

L'intimée oppose à cette argumentation qu'il ressort de l'arrêt cité par le recourant que le Tribunal fédéral avait qualifié d'arbitraire de ne pas " du tout " tenir compte des amortissements et que cela ne signifiait pas que les amortissements acceptés par les

autorités fiscales devaient sans autre être admis. Le fait que les amortissements de l'exploitation du recourant avaient été calculés sur la base de la notice éditée par l'administration fiscale ou qu'ils avaient été admis par le service cantonal des contributions, ou encore que sa fiduciaire avait attesté que les taux admis par le fisc étaient généralement surfaits (sic), n'était donc pas pertinent. Il en allait de même de l'avis de la fiduciaire du recourant selon lequel il était peu probable qu'une normalisation des amortissements et des frais d'entretien puisse être envisagée à la baisse. L'intimée fait également valoir que la moyenne des revenus effectuée par le recourant sur les années 2019 à 2021 était faussée; celui-ci n'avait pas produit les bilans de son exploitation, cachant ainsi l'évolution de sa fortune et de son capital, et avait occulté le compte de résultat de l'année 2018 figurant sur la même page que les comptes 2019 qu'il avait produits. Il était patent qu'il gagnait plus que ce qu'il alléguait et que les 6'591 fr. calculés à titre provisoire, vu qu'il versait un montant de 3'000 fr. pour les besoins courants du ménage et consacrait 733 fr. 35 par mois au titre de sa prévoyance professionnelle. Les statistiques montraient en outre que le revenu moyen d'une exploitation agricole laitière comme celle du recourant était de 100'000 fr. par année, soit de 8'900 fr. par mois en tenant compte de ses revenus accessoires de 563 fr.

L'intimée relève finalement que le raisonnement cantonal en lien avec le tarif de l'école maternelle était " purement superfétatoire " et que la cour cantonale avait constaté à juste titre sur la base des comptes que le tarif E s'appliquait; il résultait du montant facturé que l'école avait appliqué ce tarif et que la mention du tarif D dans la pièce no 13 était erronée. Au surplus, le recourant perdait de vue que la notion de revenu brut et de revenu net n'était pas celle relative à une personne salariée puisque le tarif de l'école maternelle faisait précisément référence aux codes de l'avis de taxation pour arrêter le revenu brut déterminant alors que le revenu net pris en compte dans l'arrêt entrepris se basait sur celui de l'exploitation agricole.

#### **E. 3.4.1**

Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir la différence entre les produits et les charges. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années (dans la règle, les trois dernières). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé incertaines, plus la période de comparaison doit être longue. Dans certaines circonstances, il peut être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables exceptionnelles, à savoir des bilans attestant de résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. Par ailleurs, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés ( ATF 143 III 617 consid. 5.1; arrêts 5A\_709/2022 du 24 mai 2023 consid. 3.3.1; 5A\_1048/2021 du 11 octobre 2022 consid. 4.2 et les références). En revanche, les amortissements qui s'effectuent sur plusieurs années et sont liés à des investissements nécessaires et usuels ne doivent pas être ajoutés (cf. arrêt 5P.114/2006 du 12 mars 2007 consid. 3.2).

Il n'est pas exclu de prendre en compte dans les revenus du débiteur des amortissements extraordinaires qui conduisent à la formation d'épargne, voire correspondent à des gains cachés, ce qui n'est pas le cas des amortissements ordinaires (arrêt 5A\_280/2015 précité consid. 4.2.3). Le simple fait que des amortissements ont été acceptés par l'autorité fiscale ne constitue pas un critère décisif à cet égard (arrêts 5A\_127/2016 du 18 mai 2016 consid.

5.2; 5A\_280/2015 précité loc. cit.; 5P.65/1990 du 30 avril 1990 consid. 3a). La jurisprudence admet le recours à un taux d'amortissement inférieur à celui de la taxation (arrêts 5A\_280/2015 précité loc. cit.; 5P.65/1990 précité loc. cit.). En effet, l'expérience montre que les taux retenus pour l'imposition sont en général plus généreux que les taux calculés conformément à la pratique commerciale (arrêt 5A\_280/2015 précité loc. cit.).

### **E. 3.5**

En l'occurrence, la cour cantonale a ajouté l'intégralité des amortissements figurant dans les comptes de résultat de l'exploitation aux revenus du recourant au motif que ces amortissements étaient de nature purement comptable. Un tel raisonnement est arbitraire. Il fait fi de la jurisprudence précitée selon laquelle seuls les amortissements extraordinaires peuvent être pris en considération pour arrêter les revenus des parties. La cour cantonale ne pouvait pas imputer l'intégralité des amortissements figurant dans les comptes de résultat aux revenus du recourant, sans déterminer s'il s'agissait d'amortissements ordinaires ou extraordinaires.

Il résulte des comptes de résultat 2019, 2020 et 2021 produits par le recourant que les amortissements sont réguliers, en ce sens qu'ils reviennent chaque année et qu'ils ne présentent pas de fluctuations importantes. Par ailleurs, ainsi que le relève le recourant, sa fiduciaire a attesté que les amortissements avaient été calculés en respectant scrupuleusement les directives édictées par l'administration fiscale en la matière et qu'ils avaient été acceptés par le fisc. A priori, ces éléments ne permettent pas de considérer, au stade des mesures provisionnelles où l'autorité judiciaire peut se limiter à la simple vraisemblance des faits après une administration limitée des preuves, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles ( ATF 131 III 473 consid. 2.3; arrêt 5A\_788/2022 du 18 janvier 2024 consid. 4.3.2 et la référence), que les amortissements mentionnés dans les comptes comprendraient une part d'amortissement extraordinaire. Du reste, l'intimée ne le prétend pas.

La motivation de la cour cantonale en lien avec le tarif des frais de l'école maternelle n'apparaît au surplus pas décisive. En effet, ce tarif est calculé sur la base d'une tranche de revenus, de sorte qu'il ne permet pas d'arrêter précisément le revenu du recourant. Par ailleurs, comme le concède l'intimée, la base de calcul n'est pas la même que pour fixer les contributions d'entretien puisque le calcul des frais de l'école maternelle repose sur le revenu brut figurant dans certains postes de l'avis de taxation. Or, l'on ignore comment la cour cantonale est parvenue au constat selon lequel le revenu net devant être pris en compte pour le calcul des contributions d'entretien correspondrait au revenu brut déterminant pour le tarif de l'école, l'arrêt entrepris se limitant à mentionner que le montant retenu " paraît " entrer dans la tranche de revenus correspondant au tarif E sans autre développement. N'est pas non plus décisif l'argument de l'intimée en lien avec le fait que le recourant n'aurait pas produit les bilans de son exploitation et effacé la colonne résultat 2018, étant donné que la cour cantonale a précisé qu'au stade des mesures provisionnelles, l'on pouvait se contenter des comptes de résultat 2019 à 2021 et des explications fournies sur ceux-ci par la fiduciaire du recourant pour établir ses revenus, rejetant ainsi les différentes autres réquisitions de preuve de l'intimée. Il en va de même de l'argument, dénué de toute considération concrète, que celle-ci entend tirer des statistiques sur le revenu moyen d'une exploitation laitière et de celui en lien avec le fait que le recourant consacrerait des montants importants à sa prévoyance professionnelle et aux besoins courants du ménage, dans la mesure notamment où il ne ressort pas de l'arrêt querellé que le recourant dépenserait effectivement 3'000 fr.

pour les besoins courants du ménage comme l'allègue péremptoirement l'intimée.

Au vu de ce qui précède, le grief du recourant doit être admis. Comme mentionné ci-avant (cf. supra consid. 3.4), la jurisprudence retient que les taux d'amortissement retenus pour l'imposition peuvent être potentiellement plus généreux que les taux calculés conformément à la pratique commerciale et qu'il est ainsi possible de recourir à un taux d'amortissement inférieur à celui de la taxation. Dès lors que le Tribunal fédéral n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle du juge du fait, la cause sera renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle se prononce sur ce point, cas échéant, après un complément d'instruction, à charge ensuite de dite autorité de procéder à un nouveau calcul des contributions d'entretien.

#### **E. 4**

Le recourant relève que les coûts directs des enfants comprennent des frais d'école maternelle de 137 fr. par mois et par enfant. Or, comme l'avait constaté à juste titre la cour cantonale, les enfants entreront à l'école obligatoire à la fin du mois d'août 2024. Compte tenu de la gratuité de l'école obligatoire, il était arbitraire de maintenir ce poste dans les coûts des enfants au-delà du 1er septembre 2024.

Ce grief doit également être admis. Il apparaît effectivement que la cour cantonale a maintenu un montant de 137 fr. dans les coûts directs des enfants correspondant aux frais d'école maternelle une fois que ceux-ci seront scolarisés, sans justifier le maintien de ces coûts d'une quelconque façon. Dans sa réponse, l'intimée admet d'ailleurs que les enfants iront à l'école obligatoire gratuite à compter du 1er septembre 2024. En tant qu'elle fait valoir de manière abstraite, en se référant à la loi sur l'école obligatoire, que certains frais relatifs aux enfants, tels que les effets et équipements personnels de l'école ou des contributions pour les frais de repas, pourront être mis à la charge des parents, elle échoue à démontrer que le montant précité devrait être maintenu après cette date.

#### **E. 5.1**

Le recourant estime qu'à partir du début de l'école obligatoire, le déficit de la mère, qui pourrait travailler à 50%, devrait être réparti entre les trois enfants et non entre les deux enfants communs des parties, à défaut de quoi cela lui ferait également supporter les coûts indirects du premier enfant de l'intimée, né d'une précédente union. Vu que l'impossibilité de celle-ci de travailler à plus de 50% était causée par les trois enfants, c'était de manière arbitraire que la cour cantonale l'avait condamné à combler l'entier du déficit de la mère par le biais d'une contribution de prise en charge versée aux seuls enfants communs.

#### **E. 5.2**

La contribution de prise en charge se détermine selon la méthode dite des frais de subsistance (

Lebenshaltungskostenmethode ; ATF 144 III 377 consid. 7.1.2.2, 481 consid. 4.1).

Conformément à cette méthode, il faut retenir comme critère la différence entre le salaire net perçu de l'activité lucrative et le montant total des charges du parent gardien, étant précisé qu'il y a lieu de se fonder, en principe, sur le minimum vital du droit de la famille ( ATF 144 III 377 consid. 7.1.4; arrêts 5A\_378/2021 du 7 septembre 2022 consid. 8.3.1; 5A\_329/2019 du 25 octobre 2019 consid. 3.3.1.1). En cas de prise en charge par l'un des parents (ou les deux) les empêchant de travailler - du moins à plein temps -, le calcul de la contribution de prise en charge se fait sur la base du montant qui, selon les cas, manque à un parent pour couvrir ses propres frais de subsistance. L'addition des coûts directs de l'enfant

et de la contribution de prise en charge constituera le montant dû au titre de contribution d'entretien pour l'enfant ( ATF 144 III 377 consid. 7.1.2 et 7.1.3; arrêts 5A\_378/2021 précité loc. cit.; 5A\_648/2020 du 12 juillet 2021 consid. 6.2 et les références).

Selon la jurisprudence, on est en droit d'attendre du parent se consacrant à la prise en charge de l'enfant qu'il (re) commence à travailler ou qu'il étende son activité existante, en principe, à 50% dès l'entrée du plus jeune enfant à l'école obligatoire, à 80% à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire, et à 100% dès qu'il atteint l'âge de 16 ans révolus ( ATF 147 III 308 consid. 5.2; 144 III 481 consid. 4.7.6). Ces lignes directrices ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend du cas concret; le juge du fait en tient compte dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation ( art. 4 CC ; ATF 144 III 481 consid. 4.7.9). Ainsi, il peut, par exemple, être tenu compte du fait qu'en présence de quatre enfants, la charge d'assistance extra-scolaire (aide aux devoirs, dispositions en cas de maladie, anniversaires des enfants, accompagnement à la pratique des loisirs, etc.) est significativement plus importante qu'avec un seul enfant, de sorte que l'exercice d'une activité professionnelle de 50% ou 80% selon les degrés scolaires peut ne pas être exigé du parent gardien (arrêt 5A\_963/2018 du 23 mai 2019 consid. 3.3.2 et les références). Une charge de soins accrue peut également se justifier lorsqu'un enfant souffre d'un handicap ( ATF 144 III 481 consid. 4.7.9; arrêts 5A\_29/2022 du 29 juin 2022 consid. 5.2; 5A\_378/2021 précité loc. cit.).

Le Tribunal fédéral n'a pour l'heure jamais précisé comment la contribution de prise en charge doit être répartie en présence d'enfants nés d'unions différentes. Dans l'arrêt 5A\_1065/2020 du 2 décembre 2021 (consid. 5.4), il a jugé que la cour cantonale n'avait pas manifestement outrepassé la marge d'appréciation dont elle disposait en la matière en attribuant 40% du déficit à l'enfant cadet du parent gardien né en 2018 d'une seconde relation et en répartissant les 60% restant entre ses trois demi-soeurs nées 2009, 2012 et 2014. Il ressort par ailleurs de l'arrêt 5A\_378/2021 du 7 septembre 2022 (consid. 8.4) qu'il était admissible de répartir le déficit du parent gardien travaillant à 50% uniquement entre les trois enfants d'une première union car la naissance du quatrième enfant issu d'une nouvelle relation n'avait pas influencé son taux d'activité et qu'ainsi, le lien de causalité entre le déficit de l'intimée et la naissance de cet enfant n'était pas établi.

Les auteurs ne sont pas unanimes sur la manière de procéder à cette répartition. La doctrine majoritaire est d'avis que la perte de la capacité de gain du parent gardien (ou plus exactement son déficit) doit être assumée par le parent dont l'enfant occasionne la perte (PATRICK STOUDMANN, *Le divorce en pratique*, 2e éd. 2023, p. 270; LE MÊME, *La contribution de prise en charge*, in *Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle*, Symposium en droit de la famille 2017, 2018, p. 112; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6e éd. 2019, n. 1436 p. 948 s.; SPYCHER/MAIER, in *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 3e éd. 2023, n. 168 p. 616; ANNETTE SPYCHER, *Betreuungsunterhalt*, in *FamPra* 2017 p. 225; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, *Droit du divorce*, 2021, n. 1061 s. p. 423 et n. 1068 p. 424; VONTOBEL/SCHWEIGHAUSER, *Das neue Kindesunterhaltsrecht - wo stehen wir, was diskutieren wir, wie rechnen wir in einer komplexeren Situation?*, in: *Neunte Schweizer Familienrechtstage*, Berne 2018, p. 126; voir également TC FR 101 2018 354, 01.05.2019, consid. 3.1, publié in *RFJ* 2019, p. 308 s.). Lorsque plusieurs enfants nécessitent le versement d'une contribution de prise en charge, d'aucuns précisent que la répartition doit se faire proportionnellement au nombre d'enfants qui en justifient une, adaptée au taux de prise en charge correspondant à leur âge,

y compris dans l'hypothèse où l'un des débiteurs n'est pas en mesure de s'acquitter de sa part de contribution (STOUDMANN, *Le divorce en pratique*, op. cit., p. 271 s.; LE MÊME, *La contribution de prise en charge*, op. cit., p. 114; SPYCHER/MAIER, op. cit., n. 174 et 177 ss p. 619 ss; MEIER/STETTLER, op. cit., n. 1436 p. 949, note infrapaginale 3357; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, op. cit., n. 1070 p. 424; V ONTOBEL/SCHWEIGHAUSER, op. cit., p. 126; D'ANDRÈS/FOUNTOULAKIS, *Les coûts indirects liés à la prise en charge de l'enfant*, in *Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle*, Symposium en droit de la famille 2017, 2018, p. 60 s. et RFJ 2019, p. 308 s.; indécise en cas d'insolvabilité d'un des débirentiers: SPYCHER, op. cit., p. 225). D'un avis différent, FOUNTOULAKIS soutient que l'obligation du débiteur de verser une contribution de prise en charge n'est pas limitée à une part proportionnelle mais que l'enfant peut réclamer une contribution couvrant l'intégralité de sa prise en charge; ce n'est que dans un second temps, afin que l'enfant n'ait pas à supporter un risque de défaillance, que le débiteur mis à contribution peut exercer une action récursoire contre les autres débiteurs (CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, in *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 7e éd. 2022, no 55 ad art. 285 CC ).

### **E. 5.3**

En l'occurrence, en lien avec la question de savoir si le déficit de la mère devait être partagé entre ses trois enfants comme le requérait le père, ou seulement entre les enfants communs comme le soutenait la mère, la cour cantonale a relevé, en se référant à l'arrêt 5A\_378/2021 précité, que, selon la jurisprudence, il était admissible de répartir le déficit du parent gardien exclusivement entre les enfants communs lorsque le lien de causalité entre le déficit et la présence d'un autre enfant non commun n'était pas établi. En l'espèce, même sans la présence du fils aîné de la mère, celle-ci se consacrait de toute manière à l'éducation des enfants communs, qui n'étaient pas scolarisés à l'école obligatoire, comme elle le faisait depuis leur naissance. Son déficit n'était donc pas lié à la présence de l'aîné, de sorte qu'il pouvait être partagé exclusivement entre les enfants communs des parties.

### **E. 5.4**

La motivation de la cour cantonale ne porte que sur la période antérieure à la scolarisation des enfants communs. Le recourant ne critique pas devant le Tribunal fédéral cette motivation - et a fortiori la jurisprudence sur le lien de causalité qui doit exister entre le déficit du parent gardien et la prise en charge d'un enfant non commun -, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y accorder plus ample développement ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1). Cela étant, si le recourant relève à juste titre que la cour cantonale a omis de tenir compte dans son raisonnement du fait que les jumeaux seront scolarisés dès septembre 2024, son argumentation ne permet pas de comprendre pour quelle raison il y aurait lieu de traiter différemment la période postérieure à la scolarisation de celle antérieure à celle-ci. Certes, les jumeaux et l'enfant aîné de la mère seront tous trois scolarisés dans le premier palier scolaire pendant un certain temps. Cependant, dans la période précédant la scolarisation des jumeaux, le déficit de la mère n'est pas non plus exclusivement imputable aux enfants communs puisque la scolarisation de l'aîné à l'école obligatoire empêche déjà d'exiger de la mère de travailler à un taux supérieur à 50%. Le recourant supporte ainsi également pour cette période-là une partie des coûts indirects d'un enfant qui n'est pas le sien, de sorte qu'il ne peut se limiter à affirmer que l'absence de répartition du déficit de la mère entre les trois enfants serait arbitraire uniquement à compter de la scolarisation de tous les enfants parce qu'il doit supporter les coûts indirects d'un enfant dont il n'est pas le père. Pour le surplus, le

recourant ne cite aucune jurisprudence ni ne se réfère à des auteurs de doctrine pour étayer son propos. En particulier, il ne discute pas des avis doctrinaux précités et, notamment, de la position défendue par FOUNTOULAKIS dans le Commentaire bâlois selon laquelle, en cas de pluralité de débirentiers en raison de la présence d'enfants communs et non communs, leur obligation respective de verser une contribution de prise en charge n'est pas limitée à une part proportionnelle (cf. supra consid. 5.2). Or, dans la mesure où le résultat auquel parvient l'arrêt entrepris se conforme à ce dernier courant doctrinal sur une question controversée (cf. supra consid. 2.1 in fine), le recourant ne démontre pas que la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire, à tout le moins quant au résultat.

Il suit de là qu'insuffisamment motivé, ce grief doit être écarté.

## **E. 6**

En conclusion, le recours est partiellement admis dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt entrepris est annulé en tant qu'il concerne la contribution d'entretien en faveur des enfants C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants (cf. supra consid. 3.5 et 4), y compris sur les frais et dépens de la procédure cantonale. Vu le sort du recours, il convient de mettre les frais judiciaires pour 1/4 à la charge du recourant et pour 3/4 à la charge de l'intimée ( art. 66 al. 1 LTF ). Chaque partie a droit à des dépens réduits dans la même proportion et compensés à concurrence du montant le plus faible ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise ( art. 64 al. 1 LTF ) et son avocate lui est désignée comme conseil d'office. La Caisse du Tribunal fédéral supportera provisoirement les frais judiciaires à charge de l'intimée (art. 64 al. 1 et 66 al. 1 LTF) et indemniser son conseil, étant précisé que l'octroi de l'assistance judiciaire ne la dispense cependant pas du paiement de dépens ( ATF 122 I 322 consid. 2c; arrêt 5C.5/2005 du 23 juin 2005 consid. 4, non publié aux ATF 131 III 542 ). En l'espèce, il y a lieu de considérer que le recourant ne sera pas en mesure de recouvrer ceux-ci, compte tenu de la situation financière de l'intimée. L'avocat du recourant sera dès lors également directement indemnisé par la Caisse du Tribunal fédéral. L'intimée est rendue attentive au fait qu'elle est tenue de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elle est en mesure de le faire ( art. 64 al. 4 LTF ). Il n'y a pas lieu d'indemniser la curatrice des enfants des parties, dès lors qu'elle ne s'est pas déterminée sur la requête d'effet suspensif et qu'elle s'est remise à justice sur le fond par l'envoi d'un bref courrier.

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