

# BGer 5A\_932/2021 vom 22. April 2022

Bundesgericht, 2022-04-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_932\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_932_2021)

FR: TF 5A\_932/2021 du 22 avril 2022

IT: TF 5A\_932/2021 del 22 aprile 2022

## 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 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 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).

En l'espèce, la partie " Faits " du recours (p. 2-7) sera ignorée en tant que les éléments qui y sont exposés ne sont pas expressément visés par un grief d'arbitraire dans l'établissement des faits, s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que le recourant n'invoque, ni a fortiori ne démontre, leur établissement arbitraire ou que leur correction influencerait sur le sort de la cause.

### **E. 3**

Le recourant se plaint du fait que la Cour d'appel a refusé d'instaurer une garde alternée sur l'enfant cadette des parties. Il soulève à la fois un grief d'arbitraire dans l'application de l'art. 298 al. 2

ter CC et dans l'appréciation des faits. Dans la mesure où ce dernier grief porte sur l'établissement des critères à examiner avant l'éventuelle instauration d'une garde alternée, les deux griefs se confondent et peuvent être examinés ensemble.

#### **E. 3.1**

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant d'une façon alternée pour des périodes plus ou moins égales, pouvant être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (arrêts 5A\_401/2021 du 3 mars 2022 consid. 3.1.1 et les références; 5A\_793/2020 du 24 février 2021 consid. 5.1.1 et les références). Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. L'autorité compétente doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant ( ATF 142 III 612 consid. 4.2). Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux ( ATF 143 I 21 consid. 5.5.3; 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 et les références).

L'autorité compétente doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. A cette fin, elle doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives et s'il existe 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, l'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 eux portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_401/2021 précité consid. 3.1.2 et les références; 5A\_793/2020

précité consid. 5.1.2 et les références).

Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, l'autorité compétente doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure - en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation -, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de celui-ci et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le 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. Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts 5A\_401/2021 précité consid. 3.1.2 et les références; 5A\_793/2020 précité consid. 5.1.2 et les références).

Pour apprécier les critères d'attribution des droits parentaux, 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; arrêts 5A\_793/2020 précité consid. 5.1.3; 5A\_142/2020 du 24 décembre 2020 consid. 3.2.2). Le Tribunal fédéral n'intervient que si la décision s'écarte sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsque le juge s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références; arrêt 5A\_557/2020 du 2 février 2021 consid. 3.1 et les références).

### **E. 3.2**

Le recourant reproche pour l'essentiel à la Cour d'appel d'avoir fait prévaloir un régime d'exception et de ne pas être partie du postulat selon lequel en présence d'une autorité parentale conjointe, il faut examiner en priorité si l'instauration de la garde alternée est possible et compatible avec le bien de l'enfant. Il passe ensuite en revue les différents critères d'attribution de la garde et soutient que la cour cantonale aurait arbitrairement accordé un poids particulier aux critères de la stabilité, de l'opinion de l'enfant et de la relation avec ses parents, tout en omettant sans justification objective d'autres éléments d'appréciation comme la disponibilité effective des parents et le maintien de la fratrie.

Il estime qu'il faut s'interroger sur la stabilité du milieu familial puisque son frère est désormais la moitié de son temps chez lui, de sorte que D.\_\_\_\_\_ ne le verra que de manière exceptionnelle. Par ailleurs, le critère de la stabilité étant lié à celui de la prise en charge personnelle par le parent, il n'avait que peu d'importance s'agissant d'un enfant de quatorze ans qui passait l'essentiel de son temps hors de la maison, occupée par ses cours, ses entraînements et ses compétitions de natation. Vu ses nombreuses absences, sa présence à la maison coïncidait en réalité avec ses propres horaires et il avait d'ailleurs pour habitude

d'aider ses enfants pour les devoirs, de préparer les repas et de manger avec eux.

Pour ce qui est de la disponibilité des parents, il reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de tenir compte des occupations politiques et universitaires de l'intimée qui la rendaient en réalité beaucoup moins disponible pour ses enfants que ce qui avait été retenu. Il reproche également à l'autorité cantonale de ne pas s'être interrogée sur l'obligation qui incombe désormais à l'intimée de reprendre une activité lucrative qui plus est à temps plein, ce qui la rendra d'autant moins disponible. Pour sa part, il ne travaillait en présentiel qu'à 40% et était donc à la maison le reste du temps. Il était également disposé à réduire son temps de travail. Or, ces éléments avaient été balayés par la cour cantonale. Il était également arbitraire de retenir que D.\_\_\_\_\_ avait un intérêt évident à passer plus de temps avec le parent dont elle se sentait le plus proche à savoir sa mère dans la mesure où, vu son emploi du temps, elle ne passait en réalité que très peu de temps avec chacun de ses parents. Le critère d'une relation plus étroite avec l'un des parents retenu n'était au demeurant pas un critère d'appréciation pertinent selon la jurisprudence.

S'agissant de l'avis exprimé par D.\_\_\_\_\_ en faveur de l'attribution d'une garde exclusive à sa mère, il estime que les arguments avancés par la jeune fille ne sauraient convaincre dans la mesure où ils se limitaient à des problèmes organisationnels, à savoir notamment qu'elle était actuellement véhiculée essentiellement par sa mère. Or, cette situation ne saurait perdurer dès lors que l'intimée sera prochainement tenue de reprendre une activité lucrative. On ne pouvait, selon lui, retenir qu'une garde exclusive était favorable pour le développement harmonieux et équilibré de l'enfant sur la base de motifs exclusivement organisationnels. Enfin, l'appartenance à une fratrie revêtait une importance particulière en l'espèce puisque les deux enfants étaient des adolescents et qu'ils demeuraient très proches l'un de l'autre. Le recourant en conclut, au vu de l'ensemble des critères qui précèdent, que l'instauration d'une garde alternée était tout à fait envisageable et en aucun cas contraire au bien de l'enfant.

### **E. 3.3**

Par son argumentation, le recourant semble omettre que les critères d'appréciation pertinents pour trancher l'attribution de la garde sont interdépendants et que leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, si certains voire l'un ou l'autre des critères d'appréciation suffisent à justifier l'attribution de la garde exclusive à l'un des parents et que la motivation de l'autorité cantonale à cet égard est suffisante, on ne saurait conclure à l'arbitraire de dite motivation au seul motif que l'ensemble des critères n'ont pas été examinés. En l'occurrence, compte tenu de l'âge de la fille des parties, qui avait quatorze ans au moment où elle s'est déterminée et pour laquelle il n'existe pas de doute quant à sa capacité de discernement, c'est à juste titre que la cour cantonale a considéré son avis comme un critère déterminant. Or, la jeune fille s'est clairement exprimée en faveur de l'attribution de la garde exclusive à sa mère. En tant que le recourant soutient que les arguments qu'elle a avancés ne sont pas convaincants dans la mesure où ils relèvent de considérations purement organisationnelles, il apporte son propre jugement de valeur quant à la pertinence des motivations de sa fille. Or, d'une part, celle-ci n'a pas fait état seulement de problèmes logistiques puisqu'elle a également déclaré qu'elle entretenait une relation plus étroite avec sa mère. D'autre part, vu son emploi du temps, que le recourant décrit lui-même comme extrêmement chargé notamment en raison des activités sportives auxquelles elle s'adonne, son argumentation selon laquelle une garde partagée lui apparaissait comme trop compliquée à mettre en place et fatigante n'apparaît pas dénuée de

pertinence. Cela étant, quelles que soient en définitive ses motivations et compte tenu de son âge, on ne saurait en l'espèce s'écarter de l'avis clairement exprimé par D. \_\_\_\_\_ que pour autant que la solution qu'elle préconise présente une réelle mise en danger de son bien. Toutefois, en l'espèce, parmi les arguments présentés par le recourant et que la cour cantonale aurait selon lui omis, seule la séparation de la fratrie pourrait être problématique pour le bien des enfants dans la mesure où ils sont très proches et où on ne sait pas si D. \_\_\_\_\_ aurait préconisé ce type de garde en sachant que son frère allait être soumis à un autre régime. Cela étant, il faut garder à l'esprit que D. \_\_\_\_\_ a presque quinze ans alors que son frère sera bientôt majeur, de sorte que les enfants sont désormais autonomes et peuvent aisément continuer à se voir à leur guise indépendamment du mode de garde auquel ils sont soumis, ce d'autant que leurs parents habitent dans le même village. Dans ces circonstances, force est d'admettre que c'est sans arbitraire que la cour cantonale a suivi l'avis de l'enfant et a attribué à sa mère la garde exclusive la concernant. Il n'y a de surcroît pas lieu d'examiner plus avant si la cour cantonale a accordé trop d'importance au critère de la stabilité eu égard notamment à l'âge de l'enfant, à la plus grande disponibilité de la mère et à la relation plus étroite que cette dernière entretiendrait avec sa fille dans la mesure où l'arbitraire concernant l'un de ces éléments n'est pas susceptible de fonder une mise en danger du bien de l'enfant et ne justifierait dès lors de toute façon pas de s'écarter de l'opinion exprimée par D. \_\_\_\_\_. A toutes fins utiles, il convient de relever que l'autorité cantonale a rappelé à juste titre que les parties demeuraient libres, notamment en cas d'évolution en ce sens des souhaits de D. \_\_\_\_\_, d'adapter d'un commun accord la prise en charge de cette dernière.

#### **E. 4**

Il suit de ce qui précède que le présent recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, aux frais du recourant ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer 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.