

## **VD\_GERICHTE JI17.015061 vom 7. Februar 2022**

VD Tribunal cantonal, 2022-02-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_JI17.015061](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_JI17.015061)

FR: VD\_GERICHTE JI17.015061 du 7 février 2022

IT: VD\_GERICHTE JI17.015061 del 7 febbraio 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 27**

Cst.) des parents doivent également être respectées, le Parlement a renoncé au projet initial du Conseil fédéral selon lequel l'autorisation de l'autre parent, du juge ou de l'autorité de protection était nécessaire non seulement pour déplacer le lieu de résidence de l'enfant mais également celui de chaque parent dans les hypothèses visées par l'art. 301a CC (Message précité, FF 2011 pp. 8344 ss. ad art. 301a CC). De ce fait, le juge ou l'autorité ne doit pas répondre à la question de savoir s'il est dans l'intérêt de l'enfant que ses deux parents demeurent en Suisse, mais doit plutôt se demander si son bien-être sera mieux préservé dans l'hypothèse où il suivrait le parent qui envisage de déménager, ou dans celle où il demeurerait auprès du parent restant sur place, tout en tenant compte du fait que la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien

- 19 - pourront toujours être adaptées en conséquence au sens de l'art. 301a al. 5 CC (TF 5A\_274/2016 précité consid. 6 et réf. cit. ; TF 5A\_945/2015 du 7 juillet 2016 consid. 4.3, publié aux ATF 142 III 498 ; TF 5A\_450/2015 du 11 mars 2016, publié aux ATF 142 III 481 précité consid. 2.6, JdT 2016 II 427 précité). Cela signifie que l'on ne peut pas discuter en principe les motifs du parent qui déménage – ce qui, de toute manière, ne peut guère être l'objet d'un procès. Il convient bien plus de partir de l'hypothèse que, puisque l'un des parents déménage, il convient d'adapter en tant que de besoin les relations parents-enfant (art. 301a al. 4 CC ; ATF 142 III 481 précité consid. 2.5, JdT 2016 II 427 précité). Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 136 I 178 consid. 5.3 ; TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008, consid. 3.1 et réf. cit., FamPra.ch 4/2008 n. 104 p. 98 ; CACI 432/14 août 2014 consid. 5b aa et réf. cit.). Dans la mesure où le père et la mère offrent des conditions de base équivalentes, la préférence devra être donnée, dans l'attribution d'enfants en âge de scolarisation ou qui sont sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour les avoirs durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 6e éd., Zurich 2019, n. 693, pp. 463-464). Ainsi, la jurisprudence tend à écarter désormais toute préférence naturelle en faveur de la mère, même pour les enfants en bas âge (Leuba/Bastons Bulletti, in

Commentaire romand, Bâle 2010, n. 9 ad art. 133 CC et les réf. citées). En outre, le critère de la disponibilité,

- 20 - qui tend à avantager la mère dans un modèle traditionnel ou semi-traditionnel de répartition des tâches, perd progressivement de son importance à mesure que les femmes continuent d'exercer une activité lucrative à plein temps après le mariage (Meier/Stettler, op. cit., n. 8 ad art. 133 CC). Selon la jurisprudence relative au déménagement de l'une des parties, les intérêts des parents devraient passer à l'arrière-plan s'agissant de la nouvelle organisation des relations parents-enfants ; il faut accorder un poids particulier aux relations existant entre parents et enfants, à la capacité éducative des parents et à leur disposition à prendre les enfants sous leur garde, à s'occuper et à prendre soin personnellement d'eux ; il convient aussi de tenir compte de leur développement harmonieux, tant physique que moral et intellectuel, ce qui a un certain poids à compétence égale des parents en matière d'éducation et de prise en charge (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427 ; TF 5A\_375/2008 du 11 août 2008 consid. 2). Comme il s'agit en règle générale d'adapter la réglementation existante à la nouvelle situation, le mode de prise en charge prévu jusqu'alors va être en fait le point de départ des réflexions. Si le parent désireux de déménager était jusqu'alors, en réalité, celui avec qui était établie la relation exclusive ou principale, on considérera que c'est généralement pour le meilleur bien des enfants que ceux-ci restent avec ce parent et déménagent avec lui. D'une part, dans cette hypothèse, la nécessaire attribution de la garde à l'autre parent pour que l'enfant reste en Suisse – attribution qui présuppose naturellement que ce parent soit capable et disposé à prendre les enfants chez lui et à assurer une garde adéquate – implique en tous les cas un examen minutieux afin de déterminer si cela correspond vraiment au bien de l'enfant (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427). D'autre part, dans cette même hypothèse, le parent qui déménage doit pouvoir garantir à l'enfant une prise en charge similaire dans son futur lieu de vie et assurer que le déménagement n'entraîne pas une mise en danger du bien de l'enfant (ATF 142 III 481 consid. 2.7 et réf. cit., JdT 2016 III 427 ; 142 III 502 consid. 2.5). Une telle mise en danger sera par exemple admise lorsque l'enfant souffre d'une pathologie qui ne pourra pas être soignée correctement

- 21 - dans son futur lieu de vie ou lorsque le déménagement est envisagé peu de temps avant la fin d'un cycle scolaire. En revanche, les difficultés usuelles inhérentes à l'intégration dans un nouveau lieu de vie et à l'apprentissage d'une nouvelle langue ne constituent pas dans la règle une mise en danger du bien de l'enfant (ATF 136 III 353 consid. 3.3). Même lorsque ces conditions sont remplies, il faut encore tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce et notamment de l'âge de l'enfant et des souhaits exprimés par ce dernier, dès lors que plus un enfant grandit, moins il sera dépendant et attaché à son parent de référence alors que son environnement, les activités auxquelles il prend part et son cercle social gagneront en importance (ATF 144 III 469 consid. 4.1 ; 142 III 612 consid. 4.3 ; 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427 ; TF 5A\_539/2020 du 17 août 2020 consid. 4.1.3). A l'instar de ce qui vaut pour un déménagement à l'international, le mode de prise en charge effectif avant le déménagement envisagé est le point de départ de la réflexion, mais les circonstances concrètes examinées à l'aune du bien de l'enfant, singulièrement sa capacité d'adaptation à la situation future, demeurent déterminantes (ATF 142 III 502 consid. 2.5). L'examen de l'adaptation des modalités de la prise en charge, des relations personnelles et de l'entretien ne doit pas être dissocié de la question du déménagement, compte tenu du lien étroit entre ces éléments (ATF 142 III 502, consid. 2.6

; TF 5A 310/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3.3). A cet égard, il convient de clarifier le mode de prise en charge de l'enfant appliqué jusqu'alors, d'esquisser les contours du déménagement, ainsi que d'établir quels sont les besoins de l'enfant et la prise en charge, offerte et effectivement possible, par les parents (ATF 142 III 502 consid. 2.7 ; TF, 5A\_310/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3.3). En résumé, il s'avère que, pour juger du bien de l'enfant, les circonstances concrètes du cas d'espèce sont toujours déterminantes ; en règle générale, on doit autoriser le parent qui le désire, qui a exercé principalement la garde jusqu'alors et qui continuera de le faire, à déplacer le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger et c'est de cette idée

- 22 - que part la doctrine unanime (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427 et les réf. citées). On notera encore que c'est seulement s'il n'y a apparemment aucun motif plausible du départ et si le parent ne part, à l'évidence, que pour éloigner l'enfant de l'autre parent, que sa capacité de tolérer l'attachement de l'enfant à l'autre parent et, par conséquent sa capacité éducative, seront mises en doute. C'est alors que la modification du lieu de résidence de l'enfant doit faire l'objet d'une réflexion claire (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427 ; ATF 136 III 353 consid. 3.3). 3.2.2 Pour les questions relatives aux enfants, le juge doit établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des moyens de preuves nécessaires ; les parties doivent toutefois collaborer à la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves. Aux termes de l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Parmi celles-ci sont admissibles les témoignages (art. 168 al. 1 let. a CPC et art. 169 CPC), ainsi que l'interrogatoire et la déposition de partie (art. 168 al. 1 let. f et art. 191 CPC). Le juge peut s'écarter des conclusions d'un rapport sur la situation familiale établi par un tel service de protection de l'enfance à des conditions moins strictes que celles applicables lorsqu'il s'agit d'une expertise judiciaire (TF 5A\_373/2018 du 8 avril 2019 consid. 3.2.6 ; TF 5A\_794/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1). Selon l'art. 191 CPC, le tribunal peut auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause (al. 1), après les avoir exhortées à répondre conformément à la vérité et les avoir rendues attentives à la peine applicable en cas de mensonge délibéré (al. 2). Il ressort du Message du Conseil fédéral, du 28 juin 2006, relatif au Code de procédure civile suisse, qu'en raison de la « partialité de leur auteur », la force probante des dépositions est « faible » et qu'elles « doivent être corroborées par un autre moyen de preuve » (Message du 28 juin 2006

- 23 - relatif au Code de procédure civile suisse, FF 2006 pp. 6841, spéc. p. 6934 ; CACI 31 mars 2017/133). Le juge ne peut néanmoins parvenir à la conclusion que la force probante de la déclaration faite par une partie « en sa propre faveur », prise isolément, doit in concreto être qualifiée de faible, que lorsqu'il a administré cette preuve (TF 5A\_56/2018 du 6 mars 2018 consid. 4.2.2). Ainsi, un interrogatoire habilement mené par le juge en contradictoire peut être un bon moyen de recherche de la vérité et permet au juge d'acquiescer une conviction personnelle de la crédibilité de la partie interrogée. Ce n'est qu'après avoir procédé à cet interrogatoire que le juge peut parvenir à la conclusion que cette valeur probante est faible dans le cas concret (Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 2.2 ad art. 191 CPC et réf. cit. ; ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; TF 4A\_189/2018 du 6 août 2018 consid. 3.2.2). Si l'interrogatoire d'une partie constitue un moyen de preuve, il s'agit de permettre la preuve des propres allégations de la partie là où les faits litigieux ne sont connus que des parties, ainsi en matière de droit de la famille, de contrats oraux et de dispositions du for intérieur. Ce moyen est équivalent

aux autres et est pleinement apte à la preuve, pour autant que cela soit compatible avec l'ensemble des preuves administrées (Colombini, op. cit., n. 2.4 et réf. cit. ; CACI 25 mai 2021/244, consid. 3.2.2 ; CACI 27 avril 2015/205 ; CACI 7 avril 2017/83). En outre, ce n'est pas la crédibilité comme qualité personnelle de la partie interrogée qui est déterminante, mais bien la crédibilité d'allégations concrètes. Ce sont les déclarations concrètes qui doivent être examinées par une analyse méthodique de leur contenu (existence de critères de réalité, absence d'indices de fantaisie), pour décider si les indications relatives à un fait déterminé proviennent d'un vécu effectif de la personne interrogée (TF 5A\_550/2019 du 1er septembre 2020 consid. 9.1.3.1 ; CACI 25 mai 2021/244, consid. 3.2.2). 3.3 En l'espèce, il est correct d'affirmer, comme l'a fait le premier juge, que si le parent qui souhaite déménager était titulaire de la garde

- 24 - exclusive sur l'enfant ou était le parent de référence, à savoir celui qui prenait jusqu'ici l'enfant en charge de manière prépondérante, il sera en principe dans l'intérêt de l'enfant de déménager avec lui, pour autant qu'il puisse lui garantir une prise en charge similaire dans son futur lieu de vie et que le déménagement n'entraîne pas une mise en danger du bien de l'enfant (TF 5A\_916/2019 du 12 mars 2020 et les références citées). Il est également correct que le Tribunal fédéral considère en résumé que pour juger du bien de l'enfant, les circonstances concrètes du cas d'espèce sont toujours déterminantes, alors qu'en règle générale, on doit autoriser le parent qui le désire, qui a exercé principalement la garde jusqu'alors et qui continuera de le faire, à déplacer le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger et c'est de cette idée que part la doctrine unanime (ATF 142 III 481, JT 2016 II 427 consid. 2.7 et les références doctrinales citées). Néanmoins, en l'espèce, le premier juge s'est écarté des conclusions constantes du SPJ principalement sur les seules déclarations alléguées de l'appelante, qui n'a pas fait l'objet d'un interrogatoire qui permettrait une analyse méthodique de leur contenu (existence de critères de réalité, absence d'indices de fantaisie). L'examen de l'adaptation des modalités de la prise en charge, l'esquisse des contours du déménagement, ainsi que l'établissement des besoins de l'enfant et la prise en charge, offerte et effectivement possible, par les parents sont particulièrement sommaires, si ce n'est lacunaires. En bref, le jugement se résume à admettre des allégations de l'intimée et à écarter à leur profit les doutes, explicités, du SPJ quant à l'aptitude de la mère à favoriser le lien du père avec Q.\_\_\_\_\_. L'appelant doit par ailleurs être suivi lorsqu'il souligne les incertitudes liées au réel projet professionnel de l'intimée. Le jugement retient lui-même que l'offre de travail proposée à l'intimée répondait à un besoin de toute urgence du profil de salarié incarné par l'intimée dans un délai maximum à fin décembre 2017. Au moment de rendre un jugement 3 ans après cette échéance, la question de la pertinence du projet professionnel aurait dû se poser.

- 25 - De même, s'agissant de la prise en charge personnelle de l'enfant, on ignore d'où le premier juge justifie l'affirmation selon laquelle « il est vraisemblable que compte tenu du fait que le futur employeur de la demanderesse est une amie très proche, la demanderesse pourra aménager son temps de travail en Espagne plus facilement que le défendeur en Suisse, avec en outre la faculté de travailler à domicile ». Si l'on ne sait même pas si l'offre est encore valable, il est encore plus incertain d'en tirer la déduction qu'elle permettrait l'aménagement des horaires de travail en fonction des besoins de la prise en charge de l'enfant. Le fait de grandir dans un environnement familial élargi comprenant cousines, cousins, tantes et oncles paraît d'une importance secondaire, par rapport au maintien du cadre de vie actuel de l'enfant. En tout cas, il n'est pas démontré en l'état que l'intimée

puisse lui garantir une prise en charge similaire dans son futur lieu de vie. On ignore même quelle sera la prise en charge de l'enfant par sa mère ou, selon toute vraisemblance, par les parents de celle-ci. De même, l'intérêt de grandir « dans sa langue et sa culture d'origine » ne paraît pas manifeste pour une enfant de 5 ans d'ores et déjà scolarisée en Suisse, alors que le SPJ relevait la stabilité dont l'enfant bénéficie en Suisse, de même que son évolution positive. A cela s'ajoute que les doutes quant à la capacité de la mère de favoriser les contacts avec l'autre parent, ce qui constitue un critère important dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'ont pas été sérieusement levés, alors qu'ils ont été identifiés et objectivés par des professionnels rompus à l'évaluation de la prise en charge des enfants. En définitive, en l'état du dossier, les questions qui restaient ouvertes ne permettaient pas au premier juge de s'affranchir sans autres des conclusions du SPJ. Il aurait fallu, le cas échéant d'office, interroger le SPJ en lui soumettant les arguments repris dans le jugement pour détermination sur la base des constatations faites par ce service, ou alors ordonner l'expertise qui avait dans un premier temps été requise par

- 26 - l'appelant, portant sur les conditions de vie de l'enfant en Suisse et en Espagne. Une instruction sur les perspectives professionnelles de l'intimée et sur les conditions effectives de prise en charge de l'enfant qui en découlent s'imposait également. Comme le relève l'appelant, il s'agit là d'éléments de fait essentiels à la prise de décision, au sens de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC. En effet, le dossier ne permet pas en l'état de trancher le litige par un rejet de l'appel ou par une réforme du jugement. Afin de garantir la double instance cantonale, il convient ainsi d'annuler le jugement, à charge pour l'autorité de première instance de compléter l'instruction dans le sens qui précède. Ainsi, les mesures d'instruction et les faits nouveaux invoqués par l'appelant devront être examinés par le premier juge. Quant à la contestation sur la contribution d'entretien, elle devient sans objet. 4. 4.1 Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être admis, le jugement annulé et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. 4.2 4.2.1 Conformément aux art. 95 al. 2 let. e CPC et 5 al. 1 RCur (règlement sur la rémunération des curateurs du 18 décembre 2012 ; BLV 211.255.2), les frais judiciaires comprennent les frais de représentation de l'enfant (art. 299 et 300 CPC), soit les débours et l'indemnité du curateur ainsi que les frais de procédure. Le jugement arrête le montant des frais de représentation en indiquant les débours et l'indemnité du curateur, d'une part, et les frais de procédure, d'autre part. Ces frais sont répartis entre les parties à la procédure, à savoir les parents, conformément aux art. 106 ss CPC (art. 5 al. 3 RCur). Aux termes de l'art. 3 al. 4 RCur, le curateur appelé à fournir des services propres à son activité professionnelle a droit, en principe, à une rémunération fixée sur la base du tarif en usage dans sa profession. L'indemnité qui lui est ainsi allouée est soumise à la TVA. Lorsque la

- 27 - personne concernée ne dispose que de moyens financiers restreints, cette rémunération est limitée à un tarif horaire de 180 fr. qui est celle d'un avocat d'office (art. 2 al. 1 let. a RAJ ; CREC 16 février 2018/61 consid. 2.2.3 ; ATF 145 I 183 consid. 5.1.4 et les réf. citées). 4.2.2 En l'espèce, on peut admettre, eu égard à la réponse déposée, à la complexité relative de l'affaire et à la connaissance préalable du dossier, que le temps consacré par Me Dario Barbosa à la présente procédure d'appel s'élève à 4 heures. Son indemnité sera ainsi arrêtée à 720 fr. (4 x 180 fr.), montant auquel s'ajoutent les débours par 14 fr. 40 (720 x 2%) et la TVA à 7,7% sur le tout, par 56 fr. 55, soit une indemnité totale de 790 fr. 95, arrondie à 791 francs. Ce montant sera inclus dans les frais judiciaires. 4.3 Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'391 fr. (791 fr. +

600 fr. [art. 63 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). 4.4 L'intimée versera en outre à l'appelant des dépens fixés à 4'500 fr. (art. 3 al. 2 et 3 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

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