

Éclairages



Droit matrimonial

Référence de la décision:

[5A_384/2018](#)

Mots-clés:

Divorce, Contribution d'entretien

Articles de loi:

[art. 125 CC](#) | [art. 163 CC](#) | [art. 276 CC](#) | [art. 276a nCC](#) | [art. 285 CC](#)

iusNet DC 26.10.2018

Le Tribunal fédéral poursuit de manière remarquable son œuvre d'unification de l'application du droit fédéral dans le domaine de l'entretien de l'enfant

Eclairage de l'arrêt 5A_384/2018 du 21 septembre 2018



Anne Reiser,

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Les principes d'autonomie familiale et d'équivalence des modes de prise en charge, noyau dur du nouveau droit de l'entretien de l'enfant, et leur impact sur la contribution de prise en charge et l'entretien pendant et après mariage. Analyse de l'arrêt TF 5A_384/2018 du 21 septembre 2018.

Relevant combien le nouveau droit de l'entretien de l'enfant conduit à une complication du calcul de l'entretien dû à la famille (c. 4.1.), en tant qu'il met en concurrence les prétentions des différents enfants et du conjoint, le Tribunal fédéral poursuit de manière remarquable, dans la foulée de l'arrêt TF 454/2017 du 17 mai 2018, son œuvre d'unification de l'application du droit fédéral dans le domaine de l'entretien de l'enfant, rendue indispensable par les considérations, qu'il qualifie de vagues, contenues à ce sujet dans le Message du Conseil fédéral.

Dans cet arrêt très didactique, le TF fixe des lignes directrices touchant à l'exigibilité de la reprise d'une activité lucrative du parent (marié ou non) qui prend en charge son enfant (c. 4.7.) ; à la relation de primauté existant entre la prise en charge des coûts directs de l'enfant, des coûts indirects de celui-ci et de l'entretien du conjoint pendant et après le mariage, sur le fondement des art. 163 al. 2 et 125 al. 2 ch. 6 CC (c. 4.8.).

En résumé : s'agissant de l'entretien de l'enfant, **il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 276a CC à la relation existant entre les coûts directs et la contribution de prise en charge de l'enfant, les premiers primant la seconde, parce qu'ils sont économiquement rattachés aux besoins de l'enfant et non du parent. L'entretien qui tient compte de l'accord parental relatif à la prise en charge des enfants, ancré dans l'art. 163 al. 2 pendant le mariage et dans l'art. 125 al. 2 ch.6 CC après le divorce, a le dernier rang (c. 4.3).**

Ensuite, le TF rappelle que le **principe de l'autonomie familiale, respectivement parentale, doit jouir d'une primauté fondamentale par rapport à l'intervention étatique.** Il convient donc d'appliquer dans les premiers temps de la séparation, le principe de continuité de la prise en charge décidée jusque-là par les parents (c. 4.5.). Si cependant les parents ne se sont pas accordés à ce sujet (par exemple faute de répartition vécue des tâches ou faute de vie commune), alors le TF pose des règles concrètes : il n'est pas bon que l'enfant vive une césure dans sa prise en charge concomitante à la séparation de ses parents. Il faut donc favoriser dans un premier temps la continuité de la prise en charge qui a prévalu jusqu'alors, en prévoyant des délais de transition (c. 4.6.) A cet égard, la règle des 10/16 ans, ancrée originellement dans l'art. 151 aCC, puis rattachée à l'entretien post-divorce sur le fondement, à rechercher à l'art. 163 al. 2 CC, de considérations de type solidaire ou du principe de la confiance dans la poursuite de l'union, par exception au clean-break, a été attachée, par la suite, à des considérations liées au bien de l'enfant (cf. notamment TF 5A_336/2015 du 3 mars 2016 c. 5.3.), qui doivent être abandonnées. **En effet, la prémisse selon laquelle la prise en charge par un parent serait meilleure pour l'enfant que celle effectuée par un tiers, ne trouve pas d'ancrage dans le Message du Conseil fédéral, qui rappelle que la prise en charge parentale ou par un tiers doivent être jugées équivalentes.** Ce nouveau principe d'équivalence de la prise en charge est au cœur du droit de la contribution de prise en charge. Il oblige le juge à se poser la question suivante : **« jusqu'à quand et selon quelle ampleur l'enfant a besoin d'être pris en charge concrètement ? »** (c. 4.6.2 et 4.6.3.), et il contraint les deux parents à effectuer le choix du mode de prise en charge de l'enfant, puisque ce choix est une composante de l'autorité parentale conjointe (art. 296 al. 2 CC) ; le parent gardien ne peut donc y procéder unilatéralement (c. 4.7.1.). À cet égard, le TF relève que la seule certitude qu'il tire de la littérature publiée à ce sujet est que les petits enfants réagissent à chaque changement de personne chargée de leur sort dans leur première phase de vie ; il serait donc souhaitable que soit à disposition de l'enfant une personne appropriée qui ne changerait pas, pendant toute la journée, afin de créer la « confiance de base » qui doit être atteinte dans la première année de vie, en tous cas (c. 4.7.4). Pour la suite, faute d'univocité des auteurs, le TF constate que les soins aux enfants diminuent à proportion de leur prise en charge par le système scolaire. **Il pose ainsi la règle qu'une activité lucrative de 50% peut être exigée du parent gardien dès la prise en charge de l'enfant par l'école ou le jardin d'enfant obligatoire, puis à 80% dès l'entrée de l'enfant à l'école secondaire, et à 100% dès que l'enfant a atteint l'âge de 16 ans (c. 4.7.6.).** Le TF va plus loin : il rappelle que les deux parents doivent pourvoir aux besoins des enfants (art. 277 al. 1 CC), et qu'entrent aussi dans ces besoins la fourniture de moyens financiers. Dès lors qu'il n'est pas dans l'intérêt d'un enfant d'être durablement dépendant de l'assistance sociale ni de grandir au bénéfice du minimum vital d'existence, **le bien de l'enfant est aussi servi par l'exploitation, par les deux parents, de leur propre capacité d'être autonomes financièrement là où existent des possibilités de prise en charge par des tiers qui conduisent à des résultats comprenant des avantages économiques.** Le juge a donc le devoir de vérifier cette question également (c. 4.7.7.), en examinant l'exigibilité autant que la possibilité concrète des parents d'exercer une

activité lucrative selon les critères déjà posés par la jurisprudence (c. 4.7.8.), à la lueur des spécificités des besoins des enfants concernés et du nombre de ceux-ci (c. 4.7.9.).

Fondé sur ces considérations, le TF tranche ainsi la relation existant entre la contribution de prise en charge de la contribution d'entretien de l'époux. Quand bien même l'art. 126 al. 2 ch. 6 CC n'a pas été abrogé à l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'entretien, et même si le Conseil fédéral a précisé dans son message que le système de l'entretien post-divorce n'était pas fondamentalement touché par cette modification législative (c. 4.8.1), il n'apparaît pas opportun de garder l'aspect de la prise en charge des enfants dans l'entretien dû après divorce pour différents motifs. Tout d'abord, les calculs d'entretien seraient encore plus complexifiés. Mais surtout, il sied de constater que le mariage a perdu son caractère d'« institution de prévoyance », vu les statistiques de divorce publiées par l'OFS (50%), en sorte qu'on ne peut plus fonder une confiance digne de protection sur sa perpétuité : les conditions de vie changent et un nombre important de parents choisissent de confier très tôt leurs enfants à temps partiel ou temps plein afin d'être à même d'exercer une activité professionnelle, en étant persuadés que c'est la meilleure solution pour leurs enfants. Si les parents décident que cette meilleure solution est que l'on s'occupe personnellement des enfants même lorsqu'ils sont plus âgés, cette répartition des tâches est maintenue dans un premier temps dans la séparation, mais pas pour tout le reste du temps, raison pour laquelle **il convient d'harmoniser la contribution de prise en charge et l'entretien dû pendant et après le mariage**. C'est ainsi qu'il convient de constater que la règle des 10/16 ans doit être abandonnée au profit de celle de l'exigibilité de la reprise d'activité lucrative selon les degrés de prise en charge scolaire de l'enfant, non seulement en ce qui concerne la contribution de prise en charge, mais surtout dans le domaine de l'entretien dû pendant et après le mariage (c. 4.8.2). C'est ainsi la différence entre les coûts de subsistance couverts par la contribution de prise en charge (TF 5A_454/2017 du 17 mai 2018 c. 7.1.4.) et l'entretien correspondant au train de vie mené jusque-là, additionnée de l'indemnité équitable à verser pour la constitution d'une prévoyance adéquate (ATF 135 III 158), qui constitue le désavantage résultant du fait que le parent créancier a pris en charge les enfants selon la répartition des tâches convenue, qui peut devoir être versée à celui-ci sur le fondement de l'art. 125 al. 2 ch 6 CC ; justifiant ainsi la non abrogation de ce chiffre à l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'entretien de l'enfant.

Cet arrêt comprend le rappel que, contrairement aux idées reçues, et à la différence du droit allemand (c. 4.3., 4.7.2.), le droit de s'occuper d'un enfant et de voir, ainsi, ses besoins de subsistance couverts, n'est pas exigible à l'encontre de l'autre parent, mais s'ancre uniquement dans le choix fait par les deux parents, en vertu de leurs responsabilités parentales et de l'autonomie familiale qui est au cœur du droit suisse (c. 4.4., 4.5.).