

Tribunal fédéral – 5A_454/2017
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 17 mai 2018 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Céline de Weck-Immelé et Jérôme Saint-Phor, La contribution de prise en charge : de nouveaux repères ?, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2018

Newsletter septembre 2018

Mesures protectrices,
entretien, revenu
hypothétique ; nouveau
droit de l'entretien de
l'enfant

Art. 173 al. 3, 176,
276 al. 2, 285 al. 2 CC

La contribution de prise en charge : de nouveaux repères ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_454/2017 du 17 mai 2018

Céline de Weck-Immelé et Jérôme Saint-Phor

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_454/2017 du 17 mai 2018, destiné à la publication, revisite, à la lumière de la doctrine et des pratiques cantonales actuelles, les lignes directrices jurisprudentielles dites **des « 10/16 ans »** déterminant le moment à partir duquel un parent gardien peut être amené à reprendre ou à augmenter une activité lucrative. Il clarifie la méthode de calcul de la contribution de prise en charge instaurée par le nouveau droit, confirmant la pratique cantonale largement répandue et soutenue par la majorité de la doctrine, soit la **méthode dite des frais de subsistance**.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A.

A. (le recourant), né en 1984, ressortissant syrien, et B. (l'intimée), née en 1986, de nationalité suisse, se sont mariés le 1^{er} février 2011. Un enfant est issu de cette union en 2014.

Les conjoints vivent séparés depuis le 30 septembre 2015.

Le 10 novembre 2015, l'intimée a formé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Par jugement du 23 décembre 2016, le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après : Tribunal) a notamment autorisé les conjoints à vivre séparés, attribué à l'intimée la garde de l'enfant, réservé au recourant un large droit de visite, et mis à la charge de celui-ci, dès le 1^{er} février 2016, des contributions d'entretien de CHF 600.- par mois pour l'enfant et de CHF 700.- par mois pour l'intimée, sous déduction des montants d'ores et déjà versés, étant précisé que les allocations familiales seraient perçues par la mère.

B.

Le 23 janvier 2017, l'intimée a appelé de ce jugement. Elle concluait à ce que le recourant soit

condamné à lui verser mensuellement à titre de contribution à l'entretien de l'enfant, la somme de CHF 2'620.- du 1^{er} février 2016 au 31 juillet 2016, puis de CHF 2'140.- dès le 1^{er} août 2016, allocations familiales non comprises, à arrêter le montant de l'entretien convenable de l'enfant à CHF 3'650.- par mois et à ce que le recourant soit condamné à lui verser pour son propre entretien une contribution d'un montant mensuel de CHF 1'700.- dès le 1^{er} février 2016.

Par arrêt du 12 mai 2017, la Cour de justice du canton de Genève (ci-après : Cour de justice) a fixé la contribution d'entretien en faveur de l'enfant à CHF 600.- par mois du 1^{er} février 2016 au 31 décembre 2016 et à CHF 2'070.- par mois à compter du 1^{er} janvier 2017, allocations familiales non comprises, dit que le montant nécessaire à l'entretien convenable de l'enfant s'élevait à CHF 3'270.- par mois du 1^{er} janvier 2017 au 31 août 2017, puis à CHF 2'320.- par mois dès le 1^{er} septembre 2017, enfin, condamné le recourant à verser mensuellement à l'intimée une contribution à son propre entretien d'un montant de CHF 1'700.- du 1^{er} février 2016 au 31 juillet 2016, puis de CHF 1'470.- du 1^{er} août 2016 au 31 décembre 2016.

C.

Le recourant exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité, comprenant une requête d'effet suspensif. Il conclut principalement à ce que, conformément au jugement de première instance, les contributions d'entretien mises à sa charge soient fixées à CHF 600.- par mois pour l'enfant et à CHF 700.- par mois pour l'intimée à compter du 1^{er} février 2016, sous déduction des montants d'ores et déjà versés. Subsidiairement, il demande le renvoi de la cause à l'Autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'intimée conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

D.

Par ordonnance du 10 juillet 2017, l'effet suspensif a été ordonné pour les contributions d'entretien arriérées dues jusqu'à la fin du mois précédent le dépôt de la requête, soit jusqu'à fin mai 2017, et rejeté pour le surplus.

E.

Le 17 mai 2018, le Tribunal fédéral a délibéré sur le recours en séance publique. Le dispositif du présent arrêt a été lu à l'issue de la séance.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral examine à titre liminaire les questions de la recevabilité du recours (consid. 1), de l'objet du litige (consid. 2.1), de l'étendue de son pouvoir d'appréciation (consid. 2.2), de la recevabilité des *novas* (consid. 2.3), de la compétence et du droit applicable, tenant compte de l'élément d'extranéité que présente la cause (consid. 3).

Le Tribunal fédéral aborde le premier grief du recourant (consid. 4) qui reproche à l'Autorité cantonale d'avoir fixé arbitrairement le ***dies a quo des contributions d'entretien*** au 1^{er} février 2016. L'arrêt rappelle la règle selon laquelle les contributions pécuniaires fixées par le juge en procédure de MPUC peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête (art. 173 al. 3 CC, applicable par analogie selon l'art. 176 CC ; ATF 115 II 201, consid. 4 ; TF 5A_932/2015 du 10 mai 2016, consid. 4.3.2 et les références)

ainsi que la jurisprudence qui précise que lorsque les conclusions n'indiquent pas la date à partir de laquelle les contributions sont réclamées, il n'est pas arbitraire de retenir qu'elles le sont à compter du jour du dépôt de la requête (TF 5A_458/2014, arrêt du 8 septembre 2014, consid. 4.1.2 et les références). En l'espèce, le *dies a quo* a été fixé à une date postérieure à la requête, reprenant la date convenue par les parties lors de l'audience du mois de janvier 2016 dans le cadre d'un accord provisoire, ce qui est exempt de toute critique ; le recourant n'explique par ailleurs pas en quoi une telle fixation du *dies a quo* serait arbitraire (consid. 4 à 4.2) se contentant de la remettre en cause.

Le recourant reproche à l'Autorité cantonale d'avoir **omis dans son dispositif la précision « sous déduction des montants d'ores et déjà versés »** qui figurait pourtant dans la décision de première instance et qui n'avait pas été remise en cause par l'intimée devant la Cour de Justice, les critiques ne portant alors que sur les montants des contributions. Le Tribunal fédéral rappelle que la Cour ne peut, sans violer le droit d'être entendu du recourant, ni faire preuve d'arbitraire, ni supprimer cette réserve qui n'était pas querellée et qui avait des conséquences juridiques, puisque sa suppression donnait à l'arrêt de la Cour de justice la valeur de titre de mainlevée pour la totalité des contributions sauf à prouver des paiements postérieurs à la décision (consid. 5.1 à 5.3).

Le recourant se plaint, ensuite, d'arbitraire dans l'établissement des faits et l'application de l'art. 176 CC pour **la fixation du revenu hypothétique** de l'intimée, dont le montant devrait selon lui être augmenté à un salaire correspondant à une activité lucrative de 40 à 50% (consid. 6).

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral rappelle **les critères généraux permettant de retenir un revenu hypothétique selon la jurisprudence actuelle**¹ (consid. 6.1.1) et les principes prévalant jusqu'alors pour la fixation du taux d'activité exigible du parent qui s'occupe d'un enfant. Selon ces directives jurisprudentielles bien établies, en principe, on ne peut exiger d'un parent la prise ou l'augmentation d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants dont il a la garde n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, le juge devant lui laisser de surcroît un délai pour s'organiser à ces fins, et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus (consid. 6.1.2). Le Tribunal fédéral répète qu'il ne s'agit toutefois pas de règles strictes et que leur application dépend des circonstances du cas concret², notamment de la convention découlant de la vie commune du couple³ ou de leurs capacités financières⁴, dont le juge doit tenir compte dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui est le sien⁵. Toujours selon la jurisprudence, une activité lucrative apparaît ainsi exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est

¹ ATF 143 III 233, consid. 3 ; 137 III 102, consid. 4.2.2.2, 118, consid. 2.3 ; 128 III 4, consid. 4a ; arrêts 5A_554/2017 du 20 septembre 2017, consid. 3.2 ; 5A_806/2016 du 22 février 2017, consid. 4.1 et les références, publié in FamPra.ch 2017, p. 588.

² ATF 137 III 102, consid. 4.2.2.2 ; arrêts 5A_777/2014 du 4 mars 2015, consid. 5.1.3 ; 5A_15/2014 du 28 juillet 2014, consid. 5.2.2.

³ Arrêts 5A_777/2014 du 4 mars 2015, consid. 5.1.3 ; 5A_442/2014 du 27 août 2014, consid. 3.2.1 ; 5A_70/2013 du 11 juin 2013, consid. 5.1 ; 5A_6/2009 du 30 avril 2009, consid. 2.2.

⁴ Arrêts 5A_506/2014 du 23 octobre 2014, consid. 5.3 ; 5A_65/2013 du 4 septembre 2013, consid. 4.2.2.

⁵ Art. 4 CC ; ATF 137 III 102, consid. 4.2.2.2 ; 134 III 577, consid. 4.

pas empêché de travailler pour cette raison, ou encore lorsque la situation financière des époux est serrée⁶ (consid. 6.1.2.1).

Dans un second temps, le Tribunal fédéral examine l'avancée législative des principes susmentionnés, l'avis de la doctrine, ainsi que la pratique des tribunaux cantonaux. Il souligne que le Conseil fédéral préconise, dans son Message relatif à la réforme du droit de l'entretien de l'enfant⁷, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (RO 2015 4299), le réexamen de la jurisprudence précitée. Parmi les auteurs, OLIVIER GUILLOD⁸ partage cet avis, relevant que cette jurisprudence n'est **plus en phase avec les réalités contemporaines** et que l'on pourrait à l'avenir progressivement exiger d'un parent qui s'occupe d'enfants en bas âge qu'il travaille à temps partiel, puis à 100% dès que l'enfant le plus jeune a 10 ou 12 ans. FULVIO HAEFFELI⁹ souligne à cet égard que les statistiques démontrent que la réalité ne correspond plus à la jurisprudence appliquée, puisqu'un nombre relativement limité de femmes ayant un enfant en bas âge sont des mères au foyer à temps complet. Une partie de la doctrine¹⁰ préconise de se référer **aux degrés scolaires** de l'enfant pour déterminer le taux d'activité que l'on peut exiger du parent – ce qui est assez proche de l'application récente du Tribunal cantonal de Fribourg¹¹ – selon la table suivante :

- Ecole enfantine (4-5 ans) > taux de reprise de 20-30%
- Ecole primaire (6-7 ans) > 40-50%
- Degré supérieur (11-12 ans) > 70-80%
- Dès les 16 ans > 100%.

Le Tribunal fédéral constate encore que certaines décisions cantonales¹² proposent de modifier la règle des 10/16 ans et de l'adapter aux tranches d'âge **selon le droit des poursuites**, de la manière suivante :

- Jusqu'aux 6 ans révolus du plus jeune des enfants > 0%
- A partir de 6 ans révolus > 35%
- A partir de 12 ans révolus > 55% (consid. 6.1.2.2).

En l'espèce, la Cour de justice a considéré que l'intimée était sans emploi, qu'elle bénéficiait de l'aide de l'Hospice général, qu'elle avait allégué être activement à la recherche d'un emploi, qu'elle avait travaillé durant la vie commune mais avant la naissance de l'enfant dans le domaine de la sécurité, que son contrat de travail avait été résilié pour des raisons de santé et que, compte tenu de son âge (31 ans), de son état de santé et du fait que l'enfant était placé partiellement en garderie, il pouvait raisonnablement être exigé d'elle qu'elle reprenne

⁶ Arrêts 5A_894/2010 du 15 avril 2011, consid. 5.2.2 ; 5A_6/2009 du 30 avril 2009, consid. 2.2 et 2.3.

⁷ Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse [Entretien de l'enfant]), in FF 2014 511 ss, 558 ch. 2.1.3, 533 ch. 1.5.2.

⁸ La détermination de l'entretien de l'enfant, in : Bohnet/Dupont (éd.), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016, n° 41, p. 20.

⁹ Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell, RSJ 2016, p. 417 ss, 421.

¹⁰ JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, Der Betreuungsunterhalt, Das Konzept — die Betreuungskosten — die Unterhaltsberechnung, in FamPra.ch 2017, p. 163 ss, 167.

¹¹ PATRICK STOUDEMANN, La contribution de prise en charge, in Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, 9^e Symposium en droit de la famille 2017, Université de Fribourg, 2018 [La contribution de prise en charge], p. 83 ss, note infrapaginale n° 96, p. 105.

¹² Décision du Tribunal cantonal de St-Gall du 15 mai 2017 [FO.2016.5], in FamPra.ch 2017, p. 1161.

une activité lucrative à 30%, soit à raison de 12 heures par semaine, pour un revenu mensuel net de CHF 950.- dans un domaine ne nécessitant pas de formation particulière, par exemple comme agent d'entretien (consid. 6.2). Le Tribunal fédéral considère que cette appréciation n'est pas arbitraire, rejetant les critiques du recourant qui considérait que la décision ne tenait compte ni de la précarité de la situation financière, ni encore du fait qu'il exerçait un droit de visite élargi (consid. 6.3).

Le Tribunal fédéral examine encore la critique du recourant invoquant la violation de l'art. 285 al. 2 CC par la Cour de justice pour la fixation de la contribution de prise en charge sur la base de la **méthode dite des frais de subsistance** plutôt qu'à celle des coûts de remplacement (consid. 7).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'entretien de l'enfant, la contribution d'entretien englobe désormais le coût lié à sa prise en charge¹³. Cette réforme a permis un traitement égalitaire des enfants de parents mariés ou non¹⁴ (consid. 7.1 et 7.1.1). Le Tribunal fédéral revient au fondement de la méthode de calcul de la contribution de prise en charge. Il relève que le législateur a renoncé à en codifier une précisément. Le Conseil fédéral, quant à lui, a expressément écarté deux critères, soit le **coût d'opportunité**, autrement dit l'évaluation du temps consacré à la prise en charge des enfants en termes de perte de revenu, et celui du **coût de remplacement**, ce par quoi il faut entendre le prix qu'il faudrait verser si les prestations non rémunérées étaient payées au prix du marché. Le Conseil fédéral recommande ainsi de garantir, économiquement parlant, que le parent qui assure la prise en charge puisse subvenir à ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant, autrement dit de garantir ses **frais de subsistance**¹⁵. Le Conseil fédéral propose de retenir comme critère la différence entre le salaire net perçu de l'activité lucrative et le montant total des charges du parent gardien¹⁶. Cette méthode, fondée sur une évaluation concrète, est également préconisée par une partie de la doctrine¹⁷ et est en outre déjà appliquée dans de nombreux

¹³ Selon l'art. 285 al. 2 CC, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 (art. 13c bis al. 1 Tit. fin. CC).

¹⁴ Message, FF 2014 522/523, ch. 1.3.1 ; JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, op. cit., p. 163/164 et les auteurs cités en note infrapaginale n° 2 ; GUILLOD, op. cit., n° 41 p. 20 ; MARGA BURRI, Der Betreuungsunterhalt, 2018, ch. 12 et 13, p. 5 ss.

¹⁵ Message, FF 2014 535/536, ch. 1.5.2.

¹⁶ Message, FF 2014 556/557, ch. 2.1.3 ; BURRI, op. cit., ch. 49, p. 31/32.

¹⁷ SPYCHER, Betreuungsunterhalt, Zielsetzung, offene Fragen und Berechnungsthemen [Betreuungsunterhalt], in FamPra.ch 2017, p. 198 ss, 212 ; STAUDMANN, La contribution de prise en charge, p. 97 ss ; STEPHAN HARTMANN, Betreuungsunterhalt — Überlegungen zur Methode der Unterhaltsbemessung, RSJB 2017, p. 85 ss, 112 ; HEINZ HELLER, Betreuungsunterhalt & Co. — Unterhaltsberechnung ab 1. Januar 2017, in Revue de l'avocat 2016, p. 463 ss, 471 ; BÄHLER/SPYCHER, Reform des Kindesunterhaltsrechts, in Schwenger/Büchler/Cottier [éd.], Achte Schweizer Familienrechtstage, 2016, p. 255 ss, 258, 267 ; HAUSHEER, Neuer Betreuungsunterhalt nach Schweizer Art, in FamRZ 2015, p. 1567 ss, 1567-1568, cité in JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, op. cit., note infrapaginale n° 29, p. 172 ; pour la méthode des coûts du marché : ROLAND FANKHAUSER, Der Betreuungsunterhalt, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, 2016, p. 793 ss, 804.

cantons¹⁸ (actuellement au nombre de quatorze¹⁹). Certains auteurs²⁰ proposent toutefois une méthode de calcul différente, qui ne tient pas compte du revenu du parent gardien et qui consiste à réduire proportionnellement la contribution de prise en charge en fonction du taux de prise en charge effectif dudit parent. Il s'agit d'une **méthode forfaitaire** dont l'application peut mener à d'importantes disparités nécessitant que le résultat obtenu doive être corrigé²¹. Cela n'empêche pas certains tribunaux cantonaux, comme ceux de Bâle-Ville, Lucerne, St-Gall et Zoug, de donner la préférence à cette dernière méthode²². La doctrine s'accorde en revanche pour estimer que la **méthode des pourcentages** devrait être abandonnée, celle-ci ne comprenant pas la contribution de prise en charge et ne tenant pas compte des besoins concrets des enfants²³, sauf exception²⁴ (consid. 7.1.2.1). Après avoir effectué différentes comparaisons, le Tribunal fédéral considère que la méthode des frais de subsistance apparaît comme celle qui correspond le mieux au but du législateur et est la plus adéquate, car elle se base sur des besoins concrets et est facilement applicable en pratique (consid. 7.1.2.2).

Comme le précise le Conseil fédéral²⁵, la prise en charge de l'enfant ne donne droit à une contribution que si elle a lieu à un moment où le parent pourrait sinon exercer une activité rémunérée. Elle se détermine dans chaque cas particulier et il revient au juge de décider de la forme et de l'ampleur conforme au bien de l'enfant (consid. 7.1.3). Pour calculer les frais de subsistance, le Conseil fédéral recommande²⁶ de se baser sur le minimum vital du droit des poursuites, voire même du minimum vital du droit de la famille (consid. 7.1.4).

Dans le cas particulier, la Cour de justice a considéré qu'il s'imposait de fixer une contribution de prise en charge de l'enfant dès lors qu'il était en majeure partie gardé par l'intimée, celle-ci ne parvenant pas à couvrir ses charges malgré le revenu hypothétique qui lui avait été imputé ; le Tribunal fédéral estime que la solution adoptée n'apparaît pas comme insoutenable et confirme que la méthode des frais de subsistance est la plus adéquate

¹⁸ Cf. à ce sujet : FREI/KESSLER/WYSS/IMHOF, Irrgarten Unterhaltsrecht, in *Revue de l'avocat* 2018, p. 151 ss, 158-159.

¹⁹ Parmi lesquels celui de Zurich (Obergericht ZH, décision du 1^{er} mars 2017 [LE160066], in *ZR* 116/2017 p. 89), ainsi que ceux d'Argovie, de Bâle-Campagne, Berne, Fribourg, Soleure, Thurgovie et Vaud (SCHWEIGHAUSER/BÄHLER, op. cit., note infrapaginale n° 23, p. 168 ; STOUDMANN, La contribution de prise en charge, note infrapaginale n° 54, p. 96).

²⁰ JONAS SCHWEIGHAUSER, in *FamKommentar Scheidung*, 3e éd., 2017, vol. I, n° 94 ss ad art. 285 al. 2 CC ; ARNDT/BRÄNDLI, Berechnung des Betreuungsunterhalts — ein Lösungsansatz aus der Praxis, in *FamPra.ch* 2017, p. 236 ss, 239 s. ; JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, op. cit., p. 174 ss ; BURRI, op. cit., ch. 83 ss, p. 48 ss.

²¹ Cf. à ce sujet : SPYCHER, *Betreuungsunterhalt*, op. cit., p. 213.

²² Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, décision du 13 avril 2017 [ZB.2014.44], partiellement reproduite in *FamPra.ch* 2017, p. 864 ; SCHWEIGHAUSER/BÄHLER, op. cit., note infrapaginale n° 24, p. 168 ; STOUDMANN, La contribution de prise en charge, note infrapaginale n° 57, p. 96.

²³ SPYCHER, *Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen — heute und demnächst* [Kindesunterhalt], in *FamPra.ch* 2016, p. 1 ss, 8 ; BÄHLER, *Unterhaltsberechnungen — von der Methode zu den Franken*, in *FamPra.ch* 2015, p. 271 ss, 321 ; RÜETSCHI/SPYCHER, *Revisionsbestrebungen im Unterhaltsrecht: aktueller Stand und Ausblick*, in *Schwenzer/Büchler/Fankhauser* [éd.], *Siebte Schweizer Familienrechtstage*, 2014, p. 115 ss, 167.

²⁴ STOUDMANN, *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique: ce qui change et ce qui reste* [Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant], in *RMA* 2016, p. 427 ss, 434.

²⁵ Message, FF 2014 536, ch. 1.5.2.

²⁶ Message, FF 2014 557, ch. 2.1.3.

(consid. 7.2.1 et 7.2.2). Le recours est partiellement admis en ce qui concerne la déduction des pensions déjà versées par le recourant (consid. 8).

III. Analyse

L'arrêt en question aura de toute évidence un impact certain sur la pratique du droit de l'entretien de l'enfant. D'une part, il remet en cause la règle des « 10/16 ans » utilisée pour apprécier l'exigibilité de la reprise d'une activité lucrative en regard de la présence parentale que demande un enfant. D'autre part, il impose clairement comme méthode adaptée au calcul de la contribution de prise en charge, celle des frais de subsistance, mettant fin à des conceptions disparates de la notion de prise en charge.

Le présent arrêt étudie **l'exigibilité de la reprise d'une activité lucrative par le parent gardien sous l'angle du revenu hypothétique** dans le cadre de parents mariés. Il n'empêche que l'analyse faite par le Tribunal fédéral concernera aussi l'évolution dans le temps de la contribution de prise en charge, tant il est vrai que la cohérence du système exige que les mêmes jalons guident la réflexion du juge lorsqu'il s'agit d'examiner, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, quand un parent qui s'en occupe de manière prépondérante peut reprendre une activité lucrative et ce quel que soit l'état civil des parents.

La règle dite « des 10/16 ans » jusqu'à présent appliquée était sujette à de nombreuses citriques. Selon cette dernière, les deux indicateurs étaient l'arrivée à l'âge de 10 ans du cadet qui permettait une reprise d'activité à 50%, puis l'arrivée à l'âge de 16 ans du même cadet à partir duquel on pouvait exiger du parent qu'il reprenne une activité à 100%, sauf exception.

Dans son message sur le nouveau droit de l'entretien, le Conseil fédéral laissait ouverte la question de la durée de la contribution de prise en charge. Tout en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral dite des « 10/16 »²⁷, il précisait que le Tribunal fédéral devrait la réexaminer pour tenir compte des situations concrètes. Bien que la jurisprudence²⁸ ait toujours précisé qu'il s'agissait de lignes directrices, ces limitations s'imposaient largement comme règles intangibles dans la pratique. Une partie de la doctrine²⁹ les critiquait considérant qu'elles ne correspondaient plus à la réalité économique, les femmes étant largement actives professionnellement malgré la maternité. Pour mettre fin à la règle des « 10/16 », une partie de la doctrine considère que le taux d'activité exigible doit être fondé sur le degré scolaire fréquenté par le cadet des enfants³⁰ (20-30% dès l'école maternelle, 40-50% dès l'école primaire, 70-80% dès le cycle secondaire et à plein temps dès l'âge de 16 ans), d'autres selon le développement de l'enfant (entrée à l'école obligatoire (école maternelle, soit entre 4 et 5 ans) 50% ; cycle supérieur, soit entre 10 et 12 ans 100%³¹), d'autres auteurs, au-delà des directives, considèrent que chaque situation doit être évaluée de cas en cas en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Les pratiques cantonales varient aussi fortement ; la plupart des cantons romands sont attachés à la règle des « 10/16 » mais l'adaptent aux circonstances en fonction du cas

²⁷ Reprise d'une activité lucrative à 30-50% dès 10 ans du cadet, puis à plein temps dès 16 ans.

²⁸ ATF 137 III 102 ; 134 III 577 ; TF 5A_454/2017 du 17.05.2018.

²⁹ GUILLOD, op. cit., N 44, p. 21 s et références citées.

³⁰ JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, op. cit., p. 163 ; GABATHULER T., Unterhaltsrecht : Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit, in Plädoyer 5/16, p. 32, 37.

³¹ ARNDT C./BRÄNDLI G., Berechnung des Betreuungsunterhalts, in FamPra.ch 2017 p. 236.

(capacités financières du couple, pratique pendant la vie commune)³² ; certains ont adopté d'autres lignes directrices (Fribourg³³ : école primaire du cadet 30-50%, école secondaire 60-80%, fin école obligatoire : 100%). Les tribunaux alémaniques³⁴ à l'exception du Tribunal supérieur du canton de Zurich varient déjà de la jurisprudence fédérale en fonction des degrés scolaires (Zoug: école primaire 50%, école secondaire 100% ; Lucerne: école primaire 40-50%, secondaire 70-80%, dès 16 ans 90-100%) ou des catégories d'âge appliquées en droit des poursuites (Saint-Gall : dès 6 ans 35%, dès 12 ans 55%, dès 16 ans 100%).

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral, examinant les obligations d'une mère vis-vis des enfants nés d'un premier lit, a considéré que celle-ci pouvait assumer une activité à 40% dès que l'enfant né d'une seconde union aurait atteint l'âge de un an³⁵, en se référant au rapport de la Commission de coordination pour les questions familiales et aux normes d'aide sociale CSIAS. Le Tribunal fédéral a alors désavoué les tribunaux inférieurs qui avaient appliqué la règle des « 10/16 ans », et avaient ainsi libéré la mère de ses contributions d'entretien à l'égard des enfants nés du premier lit jusqu'aux dix ans du dernier né. Ce dernier cas présente la particularité d'être examiné sous l'angle des enfants nés de la première union, créanciers de contribution d'entretien, et non pas sous l'angle de l'intérêt de l'enfant nouveau-né, il n'empêche qu'il s'agit d'une conception et de références encore différentes que celles présentées dans le présent arrêt.

Dans l'arrêt analysé, le Tribunal fédéral confirme le taux d'activité de la mère de 30% retenu par l'autorité cantonale qui se fondait sur le taux d'accueil de l'enfant par des tiers (crèche). Il n'indique pas laquelle des propositions de la doctrine ou des pratiques cantonales devraient avoir sa préférence ; dans tous les cas, dans une conception plus moderne du travail et de la répartition des rôles au sein des familles, il faut considérer que la jurisprudence « des 10/16 ans » fait partie du passé, sans que l'on sache si de nouvelles « directives » la remplaceront.

De l'avis des auteurs, il ne faudrait pas qu'un modèle se contente d'en chasser un autre. Les problèmes que pose actuellement la règle des « 10/16 ans » ne seraient pas résolus par une règle identique mais dont les âges de référence seraient abaissés. Du fait de leurs disparités d'une famille à l'autre, les réalités sociales rendent nécessaires un examen concret de chaque situation. S'il est vrai que les femmes travaillent fréquemment tout en ayant des enfants, il ne faut pas oublier que les réalités des unes et des autres peuvent être très différentes en fonction de leur lieu de vie, des horaires scolaires, des possibilités d'accueil parascolaire (garanti ou non pour chaque enfant), des transports, de leur formation, de leur statut (indépendant/salarié). La possibilité pour une vendeuse de détail vivant à 45 minutes de la première agglomération significative, ne possédant pas de voiture, dans un village où il n'y a pas d'accueil parascolaire garanti pour chaque enfant n'est pas la même que pour celle qui vit en ville à deux pas de potentielles places de travail et dans un système communal qui assure un accueil à chaque enfant ou d'un indépendant qui pourrait travailler potentiellement de

³² Arrêt de la Cour d'appel civil du canton de Neuchâtel CACIV 2017 18 du 15.08.2017 ; Arrêt de la Cour d'appel civile du canton de Vaud CACI 2017 339 du 15.07.2017 ; Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève 1072 2017 du 01.09.2017.

³³ Arrêt de la Cour d'appel civil du canton de Fribourg 101 2017 379 du 23.04.2018 ; 101 2016 317 du 27.03.2017 ; 101 2017 115 du 04.08.2017 ; 101 2017 132 du 12.12.2017.

³⁴ TF 5A_454/2017 du 17.05.2018.

³⁵ TF 5A_98/2016 du 25.06.2018 : pour l'âge, il se réfère au rapport de la Commission de coordination pour les questions familiales et aux normes d'aide sociale CSIAS.

chez lui. Les problèmes d'accueil parascolaire sont d'une brûlante actualité puisqu'ils font l'objet ces jours de discussion aux chambres fédérales, la Confédération devant venir en aide aux cantons pour les augmenter. Les possibilités de modifier le taux d'activité auprès de l'employeur et la flexibilité des heures au travail jouent également un rôle, tant il est vrai que les horaires scolaires des enfants, surtout dans les premières classes, peuvent rendre illusoire de par leur irrégularité et leur durée, toute occupation professionnelle tant elle devrait être adaptable. Si la référence au passage scolaire semble pertinente comme étape majeure dans la diminution du besoin de prise en charge de l'enfant, ces repères objectifs doivent être conjugués aux autres aspects concrets pour éviter tout schématisme. Par ailleurs, certains modèles proposés comportant de nombreuses étapes, nécessitant de travailler à temps très partiel et d'augmenter ce taux régulièrement, semblent bien peu compatibles avec la réalité³⁶.

La notion de contribution de prise en charge est la grande nouveauté de la réforme du droit de l'entretien. Le but est de compenser la diminution de la possibilité pour le parent qui se consacre à l'enfant d'assurer sa propre subsistance. L'idée du législateur n'était pas de favoriser un mode de garde plutôt qu'un autre³⁷, ni de « rémunérer » le parent assumant personnellement l'enfant, mais de permettre la continuité de ce que les parents avaient mis en œuvre pour l'enfant avant leur séparation. Ainsi, le parent qui travaillait malgré l'existence d'un ou plusieurs enfants, ne peut-il pas diminuer son activité à moins de circonstances particulières³⁸.

Seul le parent qui s'est occupé effectivement et personnellement de l'enfant pendant le ménage commun est concerné, il n'y a pas de présomption que l'existence de jeunes enfants affecte la capacité de chaque parent de pourvoir à son propre entretien³⁹. Pour les parents qui n'ont jamais vécu ensemble, cette référence est impossible, il faut envisager au vu de la situation ce que vraisemblablement aurait choisi le couple parental. Certains auteurs préconisent alors de favoriser la prise en charge personnelle de l'enfant jusqu'aux 3 ans de ce dernier s'inspirant du droit allemand.

La prise en charge de l'enfant doit être la seule cause de l'impossibilité pour le parent d'assurer sa propre subsistance, à l'exclusion de toute autre raison. Le temps dont il dispose ou disposerait sans prise en charge effective et nécessaire de l'enfant donne lieu au calcul d'un revenu hypothétique⁴⁰. Quels que soient le taux d'activité et l'intensité de la prise en charge de l'enfant, dès que les ressources suffisent, il n'y a plus de place pour une contribution couvrant les coûts indirects⁴¹.

Le message excluait déjà deux interprétations⁴² possibles à cette nouvelle notion (coûts d'opportunité et coûts de remplacement). Conformément à ce que préconisait une partie de la doctrine et ce qu'appliquait la plupart des cantons, le Tribunal fédéral a donc confirmé la

³⁶ Cf. CÉLINE DE WECK-IMMELÉ, Entretien de l'enfant : encore de grandes disparités cantonales, in : Plaidoyer 09/2018.

³⁷ TF 5A_454/2017 du 17.05.2018.

³⁸ STOU DAMN, op. cit, p. 427, 437.

³⁹ JUNGO A./AEBI-MÜLLER R./SCHWEIGHAUSER J., Der Betreuungsunterhalt, in FamPra.ch 2017, p. 163, 167.

⁴⁰ Arrêt de la cour d'appel du canton de Fribourg du 27.03.2017, in RFJ 2017, p. 41 et 101 2016 406 du 07.02.2017 : situations où l'état de santé du parent est responsable en tout ou partie de l'impossibilité d'assurer sa subsistance.

⁴¹ TF 5A_454/2017 du 17.05.2018 ; Cour d'appel civile du canton de Fribourg 101 2017 113 du 05.02.2018.

⁴² Message FF 2014, p. 511, 534.

méthode des frais de subsistance ; elle consiste à prendre en compte la différence entre le salaire net (réel ou hypothétique) et le montant total des charges du parent assurant la prise en charge de l'enfant, calculées selon le minimum vital du droit des poursuites, respectivement du droit de la famille dès que la situation financière le permet⁴³.

Cet arrêt exclut la proposition d'autres auteurs de ne considérer qu'une proportion réduite des frais relatifs à la prise en charge lorsque celle-ci n'est pas complète, soit que le parent gardien travaille à temps partiel, soit que l'enfant ne nécessite plus qu'une prise en charge limitée. En effet, cette méthode ne tient compte ni des revenus réels du parent concerné, ni du fait que ses frais de subsistance sont ou non couverts.

L'arrêt laisse néanmoins ouverte l'étendue matérielle de la contribution de prise en charge. Les charges du parent gardien comprennent au moins un forfait pour son entretien de base, sa part au loyer ou ce qui en tient lieu s'il est propriétaire (déduction faite de celle retenue pour l'enfant), l'assurance obligatoire, les frais médicaux, les frais nécessaires à l'acquisition du revenu ; les auteurs semblent s'accorder, si la situation financière le permet, sur la prise en considération des impôts. Qu'en est-il d'autres charges qui auraient déjà existé pendant la vie commune, comme des assurances privées ou d'un leasing par exemple. Elles devraient en bonne logique être considérées avec retenue tant il est vrai que la jurisprudence relative aux articles 176 et 125 CC ne peut pas être reprise telle quelle puisque le but est de permettre au parent gardien d'assurer la couverture de ses charges incompressibles, mais non de participer au niveau de vie de l'autre parent. Néanmoins, certaines charges peuvent être directement liées à l'enfant et à son propre niveau de vie (pour assurer les trajets nécessaires à ses activités le parent a besoin d'un véhicule par exemple) et devraient être prises en compte si la situation financière le permet, sinon le risque existe que l'enfant de parents non mariés soit au final moins bien traité que celui de parents mariés qui trouvera dans la contribution entre époux une compensation lui permettant de maintenir son niveau de vie, amenant par là une inégalité que l'on s'évertue à combler.

Voici donc un arrêt qui permet de clarifier la notion des coûts indirects et qui met fin à la règle des « 10/16 » qui, malgré les nombreux modèles proposés par la doctrine et les cantons, n'est pour l'instant pas remplacée. On peut souhaiter que ce soit l'occasion pour le Tribunal fédéral de favoriser des solutions qui tiennent compte non seulement des étapes objectives importantes de la vie de l'enfant, mais surtout de la situation concrète qu'il vit et que connaît le parent dont on attend une reprise d'activité. La jurisprudence devra veiller à rester cohérente en maniant des notions issues du droit du mariage, comme le revenu hypothétique, tant il est vrai qu'elles sont empruntées des articles 163 et 176 CC qui ne s'appliquent pas aux situations d'unions libres au risque de voir poindre des solutions aux contours incertains et variables selon l'état civil des parents de l'enfant, ce qui est précisément combattu par la réforme.

⁴³ TF 5A_454/2017 du 17.05.2018.