

[ 11/12 | 2021 ]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

WILLI FÜCHSLIN

Der Anwalt im IV-Verfahren SEITE / PAGE 455

MARIE BERGER / SIMONA MÜLLER

Entretien de l'enfant mineur:  
en marche vers l'uniformisation SEITE / PAGE 461

STÉPHANIE FOLLPRACHT-WIETLISBACH

Das neue Unterhaltsrecht SEITE / PAGE 469



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# ENTRETIEN DE L'ENFANT MINEUR: EN MARCHE VERS L'UNIFORMISATION

## MARIE BERGER

Avocate, Genève, BRS Berger Recordon & de Saugy

## SIMONA MÜLLER

Avocate, Genève, BRS Berger Recordon & de Saugy

Mots-clés: droit de la famille, entretien de l'enfant mineur, minimum vital, revenu hypothétique

Par arrêt 147 III 265 du 11.11.2020, le Tribunal fédéral a sonné le glas du pluralisme des méthodes en matière de calcul de la contribution d'entretien de l'enfant mineur par les tribunaux cantonaux, prescrivant désormais l'application uniforme de la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent (dite en deux étapes). La jurisprudence abondante de notre Haute Cour rendue en la matière depuis lors, objet du présent article, vient préciser certains aspects de cet arrêt de principe.

## I. Introduction

Dans un arrêt du 21.9.2018<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral a annoncé son intention d'uniformiser la méthode appliquée par les tribunaux en Suisse en matière de calcul des contributions d'entretien.

Dans ce contexte, il a notamment souligné l'équivalence entre la prise en charge personnelle de l'enfant par un parent et celle par des tiers. Surtout, il a posé comme principe l'exigence d'une activité lucrative du parent qui assure la prise en charge des enfants selon le système des paliers scolaires, soit à raison de 50% à compter de l'entrée à l'école obligatoire du plus jeune des enfants, à 80% dès le passage de ce dernier au degré secondaire, puis à 100% dès qu'il a atteint l'âge de 16 ans révolus. Le juge a désormais l'obligation d'examiner s'il existe d'autres solutions de prise en charge par des tiers<sup>2</sup>.

Les juges fédéraux avaient déjà, par arrêt du 17.5.2018<sup>3</sup>, apporté les lignes directrices relatives à la détermination de la contribution de prise en charge, à savoir par un calcul fondé sur les frais de subsistance, soit l'une des méthodes évoquées de manière peu précise par le Conseil fédéral dans son Message relatif à la réforme du droit de l'entretien de l'enfant, entrée en vigueur le 1.1.2017<sup>4</sup>.

C'est par l'ATF 147 III 265 du 11.11.2020 que le Tribunal fédéral s'est attaqué à la détermination de la contribution d'entretien en espèces en faveur de l'enfant mineur, imposant une méthode obligatoire à l'échelle de la Suisse<sup>5</sup>.

La jurisprudence fédérale rendue en cette matière depuis lors est examinée ici, et il sera également question, dans la mesure utile, de décisions relatives au revenu hypothétique et à l'entretien dû entre (ex)-époux.

## II. Arrêt de principe ATF 147 III 265 du 11 novembre 2020

Le Tribunal fédéral, dans l'ATF 147 III 265 du 11.11.2020, a unifié la méthode applicable par les tribunaux cantonaux en matière d'entretien de l'enfant.

Dans cet arrêt de principe, notre Haute Cour, constatant que le pluralisme des méthodes utilisées entraîne des résultats divergents, les examine l'une après l'autre<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ATF 144 III 481, consid. 4.1.

<sup>2</sup> ATF 144 III 481, consid. 4.6 et 4.7 notamment.

<sup>3</sup> ATF 144 III 377.

<sup>4</sup> Message du 29.11.2013 concernant la révision du Code civil [entretien de l'enfant] in FF 2014 511 ss.

<sup>5</sup> ATF 147 III 249 du 3.11.2020; ATF 147 III 293 du 2.2.2021; ATF 147 III 308 du 2.2.2021; ATF 147 III 301 du 9.2.2021; ATF 5A\_491/2020 du 19.5.2021; ATF 5A\_104/2019 du 25.8.2021; ATF 5A\_7/2021 du 2.9.2021.

<sup>6</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 6.1 à 6.6.

La méthode abstraite, soit celle des pourcentages, est jugée contestable en tant qu'elle se fonde unilatéralement sur la capacité contributive du débirentier, conduisant à des résultats insatisfaisants dans des situations financières qui sont en-dessous de la moyenne ou largement au-dessus, puisqu'elles ne tiennent pas compte des besoins effectifs de l'enfant, pas plus que de motifs éducatifs.

Parmi les méthodes concrètes, celle qui fait référence aux tabelles, telles que les zurichoises, est également écartée, ce en raison du haut degré d'abstraction dans la détermination des besoins de l'enfant et d'une absence de prise en compte suffisante des ressources des parents.

La méthode concrète en une étape, soit celle qui est fondée sur le train de vie concret du mineur, est également critiquée, bien que la capacité contributive du débiteur soit en principe indirectement prise en compte, tout comme, dans une certaine mesure, l'intérêt des enfants. Elle n'est néanmoins pas praticable lorsqu'il s'agit de déterminer le train de vie de nouveau-nés ou même de jeunes enfants.

En définitive, c'est la méthode du calcul concret en deux étapes, autrement dit du calcul du minimum vital avec répartition de l'excédent qui est retenue<sup>7</sup>, les juges fédéraux relevant qu'il serait incohérent d'appliquer à la contribution en espèces due au mineur d'autres principes que ceux récemment établis pour fixer la contribution de prise en charge<sup>8</sup>.

Selon cette méthode, il y a lieu d'établir à la fois les ressources de toutes les personnes intéressées et leurs besoins, puis de répartir lesdites ressources en fonction des besoins des ayants droits, ce dans l'ordre indiqué. En cas d'excédent, la répartition intervient, sauf exception, selon le système des grandes et petites têtes, qui veut que chaque adulte se voit attribuer deux parts d'excédent et chaque enfant mineur une seule<sup>9</sup>.

Par arrêts subséquents, notamment du 2.2.2021<sup>10</sup>, le Tribunal fédéral a étendu l'application de la méthode concrète en deux étapes à la fixation des contributions d'entretien entre époux et futurs ex-époux, mettant ainsi en œuvre l'objectif d'une méthode unifiée. Il a d'ailleurs jugé qu'il n'est pas arbitraire d'appliquer cette méthode dans le cadre d'une modification d'une décision antérieure en raison d'un changement de circonstances, alors même que la décision initiale était fondée sur une autre méthodologie<sup>11</sup>.

Dans son arrêt de principe du 11.11.2020, comme dans ceux qui suivront<sup>12</sup>, le Tribunal fédéral précise qu'il n'est pas exclu de s'écarter de la méthode imposée et notamment d'appliquer celle du calcul concret en une étape, dite aussi «*du train de vie*», mais ce, uniquement dans des situations particulières, à savoir notamment en cas de situations financières très favorables, en raison de la limite que constituent les motifs éducatifs et les besoins concrets du mineur concerné<sup>13</sup>. Le juge cantonal doit néanmoins impérativement motiver sa décision de s'écarter, le cas échéant, de la méthode rendue obligatoire<sup>14</sup>.

Lorsque l'instance cantonale a statué sur la base d'une autre méthode avant d'avoir pu prendre connaissance de l'arrêt de principe, les juges fédéraux n'entrent pas en matière sur le recours au seul motif qu'elle n'a pas appliqué la méthode de calcul imposée, mais seulement si la décision s'avère contraire au droit fédéral dans le cadre de la méthode choisie<sup>15</sup>. Ainsi, le Tribunal fédéral a renoncé à modifier la méthode en une étape appliquée par la Cour cantonale genevoise pour fixer l'entretien d'un enfant, faute de toute critique sur ce point dans le cadre du recours et compte tenu également de la situation financière du débirentier<sup>16</sup>. À l'inverse, un arrêt du Tribunal cantonal lucernois a fait l'objet d'un renvoi par le Tribunal fédéral au motif d'une erreur de droit dans l'application de la méthode de calcul retenue<sup>17</sup>.

### III. Ressources des personnes concernées

Pour déterminer les moyens financiers à disposition, toutes les ressources doivent être prises en considération, soit les revenus issus de l'activité lucrative, ceux acquis en remplacement de l'emploi, comme les prestations d'assurance chômage, les prestations de prévoyance professionnelle, les revenus de la fortune et, à titre exceptionnel, la fortune elle-même peut, comme par le passé, être mise à contribution<sup>18</sup>.

Peu importe, à ce stade, qu'un parent exerce une activité lucrative à un taux supérieur à celui exigé selon le système des paliers scolaires, il doit être tenu compte de l'intégralité de ses revenus effectifs<sup>19</sup>.

La deuxième Cour de droit civil note en effet qu'il n'est pas du rôle du droit de l'entretien d'encourager à travailler, mais qu'il incombe aux parents de faire un effort particulier au vu de l'obligation d'entretien, chaque parent décidant par ailleurs, au regard notamment des perspectives futures de carrière et de la constitution d'un avoir de prévoyance, s'il entend travailler davan-

<sup>7</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 6.6.

<sup>8</sup> ATF 144 III 481, consid. 4.1, consid. 6.1.

<sup>9</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.3 (si la famille est composée de deux parents et d'un enfant: la part à l'excédent de chacun des parents sera de  $\frac{2}{5}$  quand celle de l'enfant est de  $\frac{1}{5}$ ).

<sup>10</sup> 147 III 293 du 2.2.2021, consid. 4.3 et 4.4; ATF 147 III 301 du 9.2.2021, consid. 4.3; ATF 5A\_491/2020 du 19.5.2021, consid. 4.3.1.

<sup>11</sup> ATF 147 III 301 du 9.2.2021, consid. 4.3.

<sup>12</sup> Par exemple ATF 5A\_747/2020 du 29.6.2021, consid. 4.1.3.

<sup>13</sup> ATF 147 III 301 du 9.2.2021 par exemple; ATF 5A\_617/2020 du 7.5.2021, consid. 5.3 relatif à l'entretien entre époux.

<sup>14</sup> ATF 5A\_747/2020 du 29.6.2021 s'agissant de l'entretien entre ex-conjoints.

<sup>15</sup> ATF 5A\_44/2020 du 8.6.2021, consid. 5.1.1.

<sup>16</sup> ATF 5A\_679/2019 et 5A\_681/2019 du 5.7.2021, consid. 11.2.2.

<sup>17</sup> ATF 5A\_44/2020 du 8.6.2021, consid. 5.2.3.

<sup>18</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7 et arrêts mentionnés.

<sup>19</sup> ATF 5A\_519/2020 du 29.3.2021, consid. 4.2.2; ATF 147 III 265, consid. 7.1.

tage que le taux d'activité requis par le droit de l'entretien<sup>20</sup>.

Quant aux ressources de l'enfant, même si elles sont dues à l'un des parents, elles sont constituées par des allocations familiales ou d'études, des rentes d'assurances sociales, des revenus des biens de l'enfant, des bourses ainsi que du produit du travail, à l'exclusion des rentes pour impotent (art. 9 LPGA)<sup>21</sup>.

Les allocations familiales doivent être versées en plus de la contribution d'entretien, ce qui signifie que lors de la détermination de la contribution d'entretien due, elles doivent être déduites de celle-ci<sup>22</sup>. Dans une situation familiale avec une répartition de la prise en charge de l'enfant à raison de 60% du temps par un parent, vacances comprises, contre 40% pour l'autre – qualifiée au passage de garde alternée par le Tribunal fédéral –, il se justifie d'ordonner un partage par moitié des bonifications pour tâches éducatives<sup>23</sup>.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de réitérer que les exigences à l'égard des pères et mères sont plus élevées en matière d'obligation d'entretien d'un enfant mineur, de sorte qu'ils doivent réellement épuiser leurs capacités maximales de travail et ne peuvent librement choisir de modifier leur condition de vie si cela a une influence sur leur capacité de subvenir aux besoins du mineur<sup>24</sup>.

À ce propos, parmi les ressources pertinentes d'un parent, le revenu hypothétique, qui doit être pris en compte le cas échéant, a donné lieu à une abondante jurisprudence fédérale au cours des derniers mois, en raison notamment des nouveaux principes établis par le Tribunal fédéral en matière d'entretien entre époux et ex-époux<sup>25</sup>.

Ainsi, quant à la reprise ou l'extension d'une activité lucrative d'un parent qui prend en charge un enfant mineur, c'est le modèle fondé sur les paliers scolaires qui s'applique en tant que principe<sup>26</sup>. La reprise d'une activité rémunérée n'est cependant raisonnable que si la prise en charge de l'enfant est garantie durant cette période, ce qu'il appartient au juge d'examiner.

Dans un arrêt du 21.5.2021<sup>27</sup>, une violation de l'article 296 CPC a été constatée, puisque le juge cantonal, qui attribuait une charge de travail de 50% à la mère, a omis d'examiner si les horaires du jardin d'enfants ou de l'école permettaient l'exercice de l'emploi attendu, ce sans qu'elle ne doive recourir à des services de garde d'enfant par des tiers ou à un repas à midi.

Dans un arrêt du 26.3.2021<sup>28</sup>, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire l'appréciation du juge cantonal selon laquelle la charge de travail importante d'une mère de trois enfants conjugué à une participation minimale du père à leur prise en charge (droit de visite restreint à un jour par quinzaine et pas de droit aux vacances) justifiaient de s'écarter du système des paliers scolaires.

À l'inverse, dans un autre arrêt, il a retenu que c'était à tort que la Cour cantonale de Schwytz avait renoncé, au motif pris que les moyens financiers à disposition de la famille permettaient en tout état de couvrir les besoins, à examiner la question du revenu hypothétique

selon les paliers scolaires<sup>29</sup>. Au passage, et cela est bienvenu, il est rappelé que le fait qu'une décision de mesures protectrices sera vraisemblablement prochainement remplacée par le jugement de divorce ne dispense pas le tribunal saisi des mesures protectrices de déterminer correctement immédiatement les contributions d'entretien dues.

Il ressort également de la jurisprudence récente<sup>30</sup> qu'en présence d'une garde partagée, soit parce que l'enfant ne justifie plus qu'une prise en charge à 50%, il est en principe légitime de reconnaître à chaque parent la faculté d'accomplir un travail rémunéré à un tel taux (au minimum).

Lorsqu'une partie débirentière exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait une obligation préexistante d'entretien, elle ne saurait bénéficier d'un temps d'adaptation ni se satisfaire d'une activité lucrative lui rapportant des revenus moindres que ceux involontairement perdus, sauf à démontrer qu'elle a tout mis en œuvre, en vain, pour percevoir une rémunération équivalente<sup>31</sup>.

Diverses décisions ont également porté sur le caractère peu soutenu des recherches d'emploi effectuées et sur l'insuffisance des preuves apportées par les débiteurs concernés<sup>32</sup>.

À teneur des arrêts récents du Tribunal fédéral, un délai approprié, fixé en fonction des circonstances du cas particulier, doit généralement être accordé à la partie qui se voit imputer un revenu hypothétique afin de s'adapter à sa nouvelle situation<sup>33</sup>. Une décision qui s'écarterait de ces principes n'est néanmoins pas nécessairement contraire au droit fédéral, le juge disposant dans ce contexte d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de

20 ATF 147 III 265, consid. 7.1.

21 ATF 147 III 265, consid. 7.1.

22 ATF 5A\_491/2020 du 19.5.2021, consid. 4.2.2.

23 ATF 5A\_722/2020 du 13.7.2021, consid. 3.6.2.

24 ATF 5A\_484/2020 du 16.2.2021, consid. 5.1; ATF 5A\_702/2020 du 21.5.2021, consid. 3.3.

25 Voir, notamment, ATF 5A\_484/2020 du 16.2.2021, consid. 5; ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.2 et 3.3; ATF 5A\_702/2020 du 21.5.2021, consid. 3.3; ATF 5A\_1040/2020 du 8.6.2021, consid. 3.1.1; ATF 5A\_747/2020 du 29.6.2021, consid. 4.2.3 et 4.2.4; ATF 5A\_679/2019 et 5A\_681/2019 du 5.7.2021, consid. 8.3 et 8.4; ATF 5A\_754/2020 du 10.8.2021, consid. 4.3; ATF 5A\_1049/2019 du 25.8.2021, consid. 4 et 5, et ATF 5A\_7/2021 du 2.9.2021, consid. 4.1 à 4.4.

26 ATF 5A\_85/2021 du 26.3.2021; ATF 144 III 481.

27 ATF 5A\_702/2020, consid. 4.2 et 4.4.

28 ATF 5A\_85/2021, consid. 7.3.2.

29 ATF 5A\_42/2020 du 30.3.2021, consid. 5.5.

30 Arrêt 5A\_484/2020 du 16.2.2021, consid. 5.4, implicitement pour le moins.

31 ATF 5A\_253/2020 du 25.3.2021, consid. 3.1 et 3.4.

32 ATF 5A\_253/2020 du 25.3.2021, consid. 3.4 et ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.1 et 3.3.

33 ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.5.2; ATF 5A\_484/2020 du 16.2.2021, consid. 5.1 et références citées; ATF 5A\_253/2020 du 25.3.2021, consid. 3.1.2.

tenir compte de circonstances particulières, telles que la prévisibilité pour la personne concernée de l'exigence de reprise ou d'extension de l'activité lucrative<sup>34</sup>. De plus, comme le moment à partir duquel le jugement prend effet relève du pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue sur ce point<sup>35</sup>. Enfin, dans le cadre d'une modification d'entretien, la prise, la reprise ou l'extension d'une activité lucrative ne doit, en principe, être admise que pour le futur, c'est-à-dire à compter de l'entrée en force formelle de la décision de modification<sup>36</sup>.

Le Tribunal fédéral a jugé par exemple qu'il n'est pas arbitraire d'imputer un revenu hypothétique à un parent qui avait bénéficié d'un délai de plus de sept mois pour trouver une activité professionnelle à 50%, l'enfant sur lequel il exerçait la garde étant âgé de huit ans et poursuivant son école obligatoire au degré primaire<sup>37</sup>.

Enfin, le revenu hypothétique peut également être celui de la fortune, lorsque celle-ci ne produit aucun ou qu'un faible rendement, et il se calcule par une estimation des rendements futurs (de la fortune)<sup>38</sup>. Un taux de 2% s'inscrit dans la marge d'appréciation du Tribunal cantonal, alors que l'ex-époux concerné dispose de solides connaissances du milieu des affaires et d'une expérience dans le milieu bancaire et financier<sup>39</sup>.

#### IV. Minimum vital du droit des poursuites

Selon les juges de Mon-Repos, les «*Directives de la Conférence des préposés des poursuites et faillites de Suisse pour le calcul du minimum vital selon le droit des poursuites*»<sup>40</sup> constituent le point de départ pour la détermination des besoins et de la pension alimentaire due<sup>41</sup>.

Un recourant, débiteur de l'entretien, a tenté de plaider par-devant le Tribunal fédéral, en vain, que la Cour cantonale avait, à tort selon lui, majoré de 20% le montant de base du droit des poursuites de l'enfant au vu de la situation financière globalement aisée de la famille, et procéder à des arrondis à la hausse lors de l'établissement des coûts de l'enfant<sup>42</sup>. Les juges fédéraux ont souligné que l'arrêt cantonal pouvait prêter à discussion au regard de la jurisprudence récente, mais ont néanmoins débouté le recourant au motif qu'il confondait, dans son recours, la notion de couverture du minimum vital LP avec celle de l'entretien convenable et perdait de vue que la contribution d'entretien en faveur de l'enfant dépend non seulement des besoins de celui-ci mais également de la situation financière de ses parents, aisée en l'espèce. Il a ainsi été retenu que l'autorité cantonale n'avait pas outrepassé son pouvoir d'appréciation en ajoutant aux stricts besoins effectifs de l'enfant des montants jugés peu importants<sup>43</sup>.

Dans un arrêt du 1.4.2021<sup>44</sup>, le Tribunal fédéral a admis que l'autorité cantonale avait violé le principe d'égalité de traitement en retenant dans les charges des parents le minimum vital du droit des poursuites, alors qu'il avait augmenté celui de leurs filles de 20%.

S'agissant de l'entretien de l'enfant, il convient d'ajouter au montant de base, une part de frais raisonnable au logement (du parent gardien<sup>45</sup>), les frais de garde par des tiers ainsi que les primes d'assurance-maladie, les frais scolaires et ceux de santé particuliers.

Il ressort de la jurisprudence qu'une part de 20% au loyer du parent gardien est généralement admise par les tribunaux cantonaux. La doctrine a suggéré de tenir compte d'une part de loyer de 30% en présence de deux enfants et de 40% dès trois enfants<sup>46</sup>. En cas de loyer jugé excessif, il n'est pas arbitraire de tenir compte, dans le calcul, d'un loyer plus bas dans les charges de l'intéressé seulement trois mois après la reddition de la décision, ce pour tenir compte du délai de résiliation prévu dans le contrat de bail<sup>47</sup>.

Quant à l'assurance-maladie, seules les primes obligatoires peuvent être prises en compte<sup>48</sup>. Les frais scolaires visent pour leur part les dépenses particulières pour la formation des enfants tels que par exemple les transports publics et les fournitures scolaires<sup>49</sup>.

Le Tribunal fédéral précise qu'un déficit au sens des art. 287a let. c CC et art. 301a let. c CPC ne saurait être retenu que si le minimum vital au sens du droit des poursuites n'est pas couvert<sup>50</sup>.

Enfin, si le minimum vital du débirentier doit en tout état être préservé<sup>51</sup>, le Tribunal fédéral n'a pas jugé critiquable au regard de l'intérêt des enfants, à bénéficier de contributions d'entretien conformes à leurs besoins que, durant un mois, le minimum vital du parent débiteur ait été atteint, alors qu'il bénéficiait dès le mois suivant d'un disponible permettant de compenser le déficit<sup>52</sup>.

34 ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.5.2; ATF 5A\_484/2020 du 16.2.2021, consid. 5.1.

35 ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.5.2.

36 ATF 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.5.2.

37 Arrêt 5A\_694/2020 du 7.5.2021, consid. 3.3.

38 ATF 5A\_679/2019 et 5A\_681/2019 du 5.7.2021, consid. 8.3.

39 Ibidem, consid. 8.4.

40 Directives publiées in BISchK 2009 p. 196 ss.

41 Arrêt 5A\_311/2019 du 11.11.2020, consid. 7.2.

42 ATF 5A\_450/2020 du 4.1.2021.

43 ATF 5A\_450/2020, consid. 3.1.4, entre CHF 97.40 et CHF 137.40, + l'augmentation de 20% du minimum vital.

44 Arrêt 5A\_581/2020 du 1.4.2020, consid. 4.1.2.

45 La part effective au logement de l'enfant doit être déduite des coûts de logement du parent gardien.

46 BURGAT SABRINA, «Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues; une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse» et, plus particulièrement, BASTONS BULLETI FRANÇOISE in L'entretien après le divorce: méthodes de calcul, montant et durée, SJ 2007 II 84 ss, en particulier p. 102.

47 ATF 5A\_648/2020 du 12.7.2021, consid. 5.2.

48 Directives publiées in BISchK 2009, p. 196 ss; ATF 134 III 323.

49 Directives publiées in BISchK 2009, p. 196 ss.

50 ATF 147 III 265, consid. 7.2.

51 ATF 5A\_67/2021 du 31.8.2021.

52 ATF 5A\_870/2020 du 7.5.2021, consid. 4.4.

## V. Minimum vital du droit de la famille

Si les charges du minimum vital du droit des poursuites de tous les intéressés sont couvertes et que les moyens le permettent, il convient obligatoirement d'élargir ces charges au minimum vital du droit de la famille<sup>53</sup>.

Le Tribunal fédéral mentionne pour les parents la nécessité, en général, d'ajouter les impôts, un forfait de communication et d'assurance, les frais indispensables de formation continue, les frais de logement correspondant à la situation financière et non au minimum vital au sens du droit des poursuites, les frais d'exercice du droit de visite<sup>54</sup> et, le cas échéant, un montant approprié pour le remboursement de la dette. Lorsque la situation l'autorise, il convient en outre de tenir compte des primes d'assurance-maladie allant au-delà de l'assurance de base obligatoire et, le cas échéant, des dépenses de prévoyance privée des indépendants<sup>55</sup>.

Pour l'enfant, s'ajoutent au minimum vital du droit des poursuites la part d'impôt, une participation aux frais de logement correspondant aux conditions financières particulières, et les primes d'assurance-maladie dépassant l'assurance de base obligatoire.

Il semble ici que le Tribunal fédéral fixe un certain ordre de priorité, de principe toujours, s'agissant des postes à prendre en compte dans le minimum vital du droit de la famille<sup>56</sup>.

Les frais de l'enfant majeur découlant de l'article 277 alinéa 2 ne doivent pas être inclus dans le minimum vital élargi du débirentier, puisque non seulement l'entretien dû à l'enfant mineur est prioritaire, mais également celui dû à l'ex-époux, jusqu'à couverture du minimum vital du droit de la famille<sup>57</sup>.

Dans un arrêt 5A\_816/2019 destiné à la publication<sup>58</sup>, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question des méthodes de calcul proposées par la doctrine pour déterminer la part d'impôts supplémentaire à la charge du parent qui reçoit la contribution à l'entretien de l'enfant. La méthode qui propose une répartition proportionnelle des impôts dus en fonction des revenus, y compris les contributions d'entretien du crédentier et celles des enfants mineurs, paraît la plus appropriée<sup>59</sup>. Selon cette méthode, il s'agit de déterminer le pourcentage que représente le revenu attribuable à l'enfant (contribution d'entretien en espèces, allocations familiales, rentes d'assurances sociales) sur le revenu total imposable du parent bénéficiaire. C'est le même pourcentage de la dette fiscale totale du crédentier qui constitue la part fiscale de l'enfant à intégrer dans les besoins de celui-ci et, bien entendu, à déduire de la charge fiscale du parent concerné<sup>60</sup>.

La contribution de prise en charge ne devrait pas ici entrer en considération, puisqu'elle intègre déjà en principe, dans le cadre du minimum vital du droit de la famille, la part fiscale du parent gardien. En pratique, la détermination de la charge fiscale de l'enfant pourrait se révéler problématique en cas d'excédent dont il devrait bénéficier, puisque le montant de la charge fiscale de celui-ci dépend du montant de l'entretien en espèces à per-

cevoir, dont la part à l'excédent. Or, la part de l'excédent dépend à son tour notamment des charges de l'enfant, y compris la part d'impôt.

## VI. Part à l'excédent

Au vu de l'obligation renforcée pour un parent de prendre, reprendre ou étendre une activité lucrative, selon le système des paliers mais également au vu de la jurisprudence récente en matière de contribution d'entretien *post-divorce* et de revenu hypothétique<sup>61</sup>, les situations familiales avec excédent sont, et seront, fréquentes.

Tout d'abord, lorsque qu'une épargne régulière est établie, une part doit être déduite à ce titre de l'excédent avant qu'il ne soit procédé à la répartition, puisque les parents vivaient alors de manière plus économe que ce que ne leur permettaient leurs moyens<sup>62</sup>.

S'il demeure un excédent, le juge devra examiner au cas par cas, à l'aune de son pouvoir d'appréciation, s'il convient de procéder à une répartition conformément au principe des grandes et petites têtes, ou de s'en écarter. En tout état, le juge devra justifier sa décision<sup>63</sup>.

Dans un arrêt 5A\_52/2021 du 25.10.2021, le Tribunal fédéral a admis un recours contre une décision limitant la part de l'enfant à l'excédent à la moitié de ses besoins en espèces (ce qui représentait une somme forfaitaire de 375 francs), l'instance inférieure n'ayant à tort pas exposé, comme elle aurait dû le faire, les raisons pour lesquelles elle s'est écartée de la répartition de l'excédent en fonction des grandes têtes et petites têtes.

C'est ainsi au stade de la répartition de l'excédent que le juge pourra tenir compte, par exemple, du fait qu'un parent acquiert des revenus découlant d'un taux d'activité supérieur à celui que permettrait d'exiger le système des paliers scolaires<sup>64</sup>.

<sup>53</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.2.

<sup>54</sup> S'agissant des frais de droit de visite, il ressort par exemple de l'état de fait d'un arrêt cantonal fribourgeois, non contesté sur ce point par-devant le Tribunal fédéral, qu'ils ont été intégrés dans le minimum vital de droit de la famille, ce à hauteur de CHF 100.- (ATF 5A\_870/2020 du 7.5.2021, consid. 4.4).

<sup>55</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.2; ATF 5A\_507/2020 du 2.3.2021, consid. 7.3.1.

<sup>56</sup> ATF 5A\_507/2020 du 2.3.2021, consid. 7.3.1.

<sup>57</sup> ATF 5A\_451/2020 du 31.3.2021, consid. 6.1 et 6.2.

<sup>58</sup> ATF 5A\_816/2019 du 25.6.2021 destiné à publication, consid. 4.2.

<sup>59</sup> ATF 5A\_816/2019 du 25.6.2021, consid. 4.2.3.2.3.

<sup>60</sup> ATF 5A\_816/2019 du 25.6.2021, consid. 4.2.3.5.

<sup>61</sup> Voir notamment références mentionnées sous notes de bas de page 6 et 26.

<sup>62</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.3.

<sup>63</sup> ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.3; arrêt 5A\_491/2020 du 19.5.2021, consid. 4.3.1.

<sup>64</sup> ATF 5A\_519/2020 du 29.3.2021.



Rappelons, en tant que de besoin, que c'est cette part à l'excédent qui financera entre autres les activités des enfants, les vacances et autres charges particulières des intéressés<sup>65</sup>.

Dans un arrêt 5A\_491/2020 du 19.5.2021, le Tribunal fédéral a admis un recours et qualifié d'arbitraire la décision de l'autorité cantonale de deuxième instance fixant l'entretien de l'enfant sur la base d'un montant forfaitaire (admis par le recourant), auquel elle a ajouté une part à l'excédent. Le Tribunal fédéral considère que le montant forfaitaire de l'entretien de l'enfant reconnu par le recourant constituait pour ce dernier un maximum, auquel ne pouvait pas encore être ajoutée une part à l'excédent. Notre Haute Cour constate que la décision de l'autorité cantonale de deuxième instance est également arbitraire dans son résultat, puisque le montant de l'entretien de l'enfant calculé conformément au minimum vital du droit de la famille (et non sur la base du montant forfaitaire) auquel est ajoutée une part à l'excédent, est sensiblement inférieur au montant de l'entretien que le recourant a été condamné à verser<sup>66</sup>.

Enfin, s'il y a lieu de se fonder, en principe, sur le minimum vital du droit de la famille pour fixer le montant de la contribution de prise en charge, celui du droit des poursuites ne permettant en effet qu'une existence «*tout juste décente*» mais limitée à la durée de l'exécution forcée<sup>67</sup>, il est en revanche exclu d'inclure dans la contribution de prise en charge une part de l'excédent. Le Tribunal fédéral a par ailleurs exclu la participation de l'enfant majeur à bénéficier d'une part de l'excédent.

## VII. Répartition entre les parents de l'entretien en espèces de l'enfant

Pour déterminer la contribution d'entretien due en vertu de l'article 285 alinéa 1 CC par chacun des parents séparés, il y a lieu de répartir les besoins non couverts des enfants entre les père et mère en fonction de leur capacité contributive, en tenant compte du fait qu'un parent apporte déjà une part de l'entretien en nature, le cas échéant<sup>68</sup>.

Les trois composantes de l'entretien au sens de l'art. 276 al. 1 CC, à savoir les soins, l'éducation et les prestations pécuniaires sont considérées comme équivalentes par le Tribunal fédéral<sup>69</sup>.

La prise en charge du mineur en nature est ainsi qualifiée, par le Tribunal fédéral, de critère «*essentiel*» lorsqu'il s'agit de savoir qui doit supporter l'entretien du mineur en espèces<sup>70</sup>. La prestation en nature ne se rapporte en effet pas uniquement aux soins et à la surveillance accrue à un enfant en bas âge, mais comprend également des tâches telles que la cuisine, la lessive, les courses, l'aide aux devoirs, les soins en cas de maladie, le fait de véhiculer l'enfant, l'assistance dans les questions liées à son quotidien et son développement, etc.<sup>71</sup>

Dans ses arrêts postérieurs au 11.11.2020, notre Haute Cour a confirmé sa jurisprudence selon laquelle le fait qu'un mineur soit gardé par un tiers lorsqu'un parent

qui assume sa prise en charge au quotidien travaille n'est pas de nature à modifier le constat selon lequel il fournit des prestations en nature à l'enfant<sup>72</sup>.

Elle retient que le parent qui ne prend pas en charge l'enfant ou qui ne s'en occupe que très partiellement doit donc en principe subvenir à son entretien financier<sup>73</sup>. Le versement d'une contribution en espèces suppose néanmoins une capacité contributive correspondante, qui existe lorsque les revenus de l'intéressé excèdent ses propres besoins<sup>74</sup>.

Néanmoins, le parent qui prend principalement en charge l'enfant peut être contraint, selon l'appréciation du juge, à couvrir également une partie de l'entretien en espèces, ce lorsqu'il a une capacité contributive plus importante que celle de l'autre parent. Il n'est pas non plus critiquable de laisser à celui qui est économiquement mieux placé la charge totale d'entretenir les enfants par des prestations pécuniaires en sus des soins et de l'éducation si sa capacité financière est «*sensiblement*» plus importante que celle de l'autre<sup>75</sup>.

La répartition des coûts de l'enfant proportionnelle à la capacité contributive des parents vaut en revanche en cas de prise en charge égale du mineur par ceux-ci<sup>76</sup>.

NICOLAS VON WERDT, juge fédéral, a, dans une publication récente<sup>77</sup>, illustré par un tableau, dont il relève qu'il a été critiqué par la doctrine, la corrélation qui peut être établie entre la capacité contributive de chaque parent et la prise en charge du mineur, lorsqu'il s'agit de répartir la contribution alimentaire due à l'enfant. Il semble en recommander l'application dans des situations «*standard*» et avec bon sens, avant de se référer à un arrêt 5A\_743/2017 du 22.5.2019<sup>78</sup>, dans lequel le Tribunal fédéral a utilisé une méthode pour calculer le pourcentage de la prise en charge par chaque parent, sans exclure cependant des méthodes alternatives<sup>79</sup>.

65 ATF 147 III 265 du 11.11.2020, consid. 7.2; arrêt 5A\_816/2019 du 25.6.2021, consid. 4.1.3.

66 Arrêt 5A\_491/2020 du 19.5.2021, consid. 4.3.2.

67 ATF 5A\_450/2020, consid. 4.3.

68 ATF 5A\_870/2020 du 7.5.2021, consid. 4.3; voir également VON WERDT NICOLAS, Unification du droit de l'entretien par le Tribunal fédéral, in Symposium en droit de la famille 2021, p. 8 ss.

69 Arrêts 5A\_450/2020, consid. 5.3; 5A\_311/2019 du 11.11.2020, consid. 5.5; 5A\_930/2019 du 16.9.2020, consid. 6.3; 5A\_690/2019 du 23.6.2020, consid. 6.3.1.

70 ATF 5A\_870/2020 du 7.5.2021, consid. 4.3; ATF 5A\_345/2020 du 30.4.2021, consid. 7.2.

71 ATF 5A\_450/2020, consid. 5.4 et arrêt cité.

72 ATF 5A\_450/2020, consid. 5.4 et réf. citée.

73 ATF 5A\_450/2020, consid. 5.3 et réf. citée; ATF 5A\_442/2020 du 29.4.2021, consid. 6.2.

74 ATF 5A\_450/2020, consid. 5.3 et réf. citée; ATF 5A\_442/2020 du 29.4.2021, consid. 6.2.

75 ATF 5A\_870/2020 du 7.5.2021, consid. 4.3 et références citées.

76 ATF 5A\_450/2020, consid. 5.4 et arrêt cité.

77 VON WERDT NICOLAS, *op. cit.*, p. 10.

78 Consid. 2.2.

79 VON WERDT NICOLAS, *op. cit.*, p. 11.

### VIII. Conclusion

La volonté du Tribunal fédéral d'unifier la méthode applicable en matière d'entretien de la famille se traduit par un examen attentif et détaillé des griefs dont il est actuellement saisi. De nombreux arrêts ont d'ailleurs fait l'objet de renvois auprès des instances inférieures, malgré le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge cantonal en matière de fixation de l'entretien d'un mineur en particulier.

Si l'arrêt de principe du 11.11.2020 a fait l'objet, depuis une année, de précieux éclairages jurisprudentiels en ma-

tière d'entretien en espèces dû à l'enfant, la casuistique apportera les précisions indispensables, en particulier s'agissant de l'entretien dû à l'enfant en cas de situation financière très aisée du ou des parents débiteurs ou de la corrélation entre la capacité contributive des parents et leur part de prise en charge du mineur pour déterminer quelle part des frais non couverts du mineur doit être assumée par chacun.

## Stylo? Non, portable!

Signez vos documents en toute simplicité sur votre smartphone avec SwissID Sign.

**Bénéficiez de cinq signatures gratuites.**



**Essayer maintenant**  
[swissid.ch/digital-signature](https://swissid.ch/digital-signature)

