



Document	FamPra.ch 2024 p. 317
Auteur(s)	Axelle Prior, Patrick Stoudmann
Titre	La contribution de prise en charge dans les familles recomposées : analyse à la lumière des arrêts 5A_382/2021 du 20 avril 2022 et 5A_378/2021 du 7 septembre 2022
Pages	317-348
Publication	La pratique du droit de la famille
Editeur	Andrea Büchler, Michelle Cottier
Anciens Editeurs	Ingeborg Schwenzer
ISSN	1424-1811
Maison d'édition	Stämpfli Verlag AG

La contribution de prise en charge dans les familles recomposées : analyse à la lumière des arrêts 5A_382/2021 du 20 avril 2022 et 5A_378/2021 du 7 septembre 2022

Axelle Prior, avocate spécialiste FSA en droit de la famille, Bourgeois Avocats SA, Lausanne

Patrick Stoudmann, juge au Tribunal cantonal vaudois, chargé de cours à l'Université de Lausanne

Mots-clés : Contribution de prise en charge, enfants d'unions différentes, (re)mariage du parent gardien, répartition de la couverture du déficit du parent gardien entre les différents débiteurs d'entretien.

Stichwörter: *Betreuungsunterhalt, Kinder aus verschiedenen Beziehungen, (Wieder-)Heirat des obhutsberechtigten Elternteils, Aufteilung der Deckung des Defizits des obhutsberechtigten Elternteils auf die verschiedenen Unterhaltspflichtigen.*

I. Introduction

C'est par la contribution de prise en charge que le Tribunal fédéral a initié son projet d'unifier pour toute la Suisse la méthode de calcul des contributions d'entretien. Dans un arrêt de principe du 17 mai 2018 publié aux ATF 144 III 377, les juges fédéraux ont dressé les contours de cette nouvelle composante de l'entretien de l'enfant, introduite par la modification du droit de l'entretien en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017. Si l'ATF 144 III 377 a posé les règles de base définissant les conditions et l'étendue de la contribution de prise en charge, certains aspects spécifiques ont été traités dans des arrêts postérieurs, notamment en relation avec la situation des familles recomposées. Dans un arrêt 5A_378/2021 du 7 septembre 2022, le Tribunal fédéral avait à traiter de la question de la répartition de la contribution de prise en charge en cas de naissance d'un nouvel enfant issu d'une nouvelle relation d'un parent gardien ; dans un arrêt 5A_382/2021 du 20 avril 2022¹, partiellement reproduit aux ATF 148 III 353, il s'est penché sur les conséquences du mariage d'un parent gardien avec un nouveau partenaire et notamment sur les rapports entre l'entretien matrimonial découlant de l'art. 163 CC et l'entretien de l'enfant issu d'une précédente relation. Ces deux décisions ont donné lieu à bon nombre de réactions, essentiellement critiques, de la part de la doctrine.

FamPra.ch 2024 p. 317, 318

¹ Publié in FamPra.ch 2022, 732, partiellement traduit in JdT 2023 II 159.



Dans une première partie, le présent article rappellera les principes essentiels régissant la contribution de prise en charge. Il examinera ensuite le sort à réserver à la contribution de prise en charge en cas de naissance d'un nouvel enfant d'une nouvelle relation avant d'aborder la question du (re)mariage du parent gardien.

II. Quelques principes applicables à la contribution de prise en charge

L'objectif de la révision légale qui a introduit la contribution de prise en charge était de permettre à chaque enfant de bénéficier de la meilleure prise en charge possible, en ce sens que l'option d'une prise en charge personnelle puisse être retenue si elle est dans l'intérêt de l'enfant, indépendamment du statut des parents. Il s'agissait 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 ; cela signifie que la contribution de prise en charge doit inclure en principe les frais de subsistance de ce parent². Il ne s'agit cependant pas de rémunérer le parent qui s'occupe de l'enfant³.

Le législateur ayant renoncé à codifier une méthode de calcul de la contribution de prise en charge, le Tribunal fédéral a retenu comme critère la différence entre le salaire net perçu de l'activité lucrative et le montant total des charges du parent gardien. Plus exactement, le calcul de la contribution de prise en charge s'effectue sur la base du montant qui, selon les cas, manque à un parent gardien pour couvrir ses propres frais de subsistance, mesurés à l'aune du minimum vital du droit de la famille lorsque les moyens financiers le permettent, à défaut selon le minimum vital du droit des poursuites⁴. En revanche, lorsque le parent gardien ne présente pas de déficit budgétaire après couverture de ses besoins, aucune contribution de prise en charge n'est due⁵.

La prise en charge de l'enfant ne donne cependant droit à une contribution que si elle a lieu « à un moment où le parent pourrait sinon exercer une activité rémunérée »⁶. Selon le Tribunal fédéral – statuant toutefois avec un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire – il n'est par conséquent pas insoutenable de dénier le droit à une contribution de prise en charge lorsque l'impossibilité du parent gardien d'assumer ses

FamPra.ch 2024 p. 317, 319

propres frais de subsistance ne résulte pas de la prise en charge personnelle, mais d'une autre cause, comme une incapacité de travail⁷.

En ce qui concerne la capacité de gain exigible d'un parent gardien, le Tribunal fédéral a posé des lignes directrices dites « des paliers scolaires » – dont il est possible de s'écarter en fonction de la situation concrète du cas d'espèce⁸ –, selon lesquelles on est en droit d'attendre du parent gardien qu'il (re)commence à travailler ou étende son activité existante, en principe à 50 % dès l'entrée du plus jeune enfant à l'école obligatoire, à 80 % à partir du moment où celui-ci commence le degré secondaire, puis à 100 % dès qu'il a 16 ans révolus⁹.

La titularité du droit à une contribution de prise en charge a été accordée à l'enfant, afin de garantir que ce dernier continuera de disposer des ressources qui lui sont nécessaires, également si la situation personnelle du parent qui assure sa prise en charge se modifie¹⁰. Néanmoins, même si la contribution de prise en

² Message concernant la révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 ss, sp. 535 s. ; ATF 144 III 377, consid. 7.1.2.1.

³ Message (n. 2), 536

⁴ ATF 147 III 265, consid. 7.2, JdT 2022 II 347, SJ 2021 I 316 ; ATF 144 III 377, consid. 7.1.2.1, 7.1.2.2 et 7.1.4 ; TF, 5A 836/2021 du 29 août 2022, consid. 4.1 ; TF, 5A 971/2020 du 19 novembre 2021, consid. 7.2.4 ; TF, 5A 519/2020 du 29 mars 2021, consid. 4.2.3.

⁵ TF 5A 519/2020 du 29 mars 2021, consid. 4.3.

⁶ Message (n. 2), 536 ; ATF 144 III 377, consid. 7.1.3.

⁷ TF, 5A 773/2022 du 5 octobre 2023, consid. 4.1.1 ; TF, 5A 503/2020 du 16 décembre 2020, consid. 6, FamPra.ch 2021, 196 ; critiques : Hausheer/Spycher/Bähler, Kindsunterhalt, in : Hausheer/Spycher (éds), Handbuch des Unterhaltsrecht, Berne 2023, Chap. 6 n. 60 s.

⁸ Pour des exemples d'exceptions : TF, 5A 745/2022 du 31 janvier 2023, consid. 3.5 (enfant atteint de trisomie 21) ; TF, 5A 29/2022 du 29 juin 2022, consid. 5 et 6 (fratrie de quatre enfants) ; TF, 5A 472/2019 du 3 novembre 2020, consid. 3.2 (garde alternée).

⁹ ATF 147 III 308, consid. 5.2 ; ATF 144 III 481, consid. 4.7.6 et 4.7.9.

¹⁰ Message (n. 2), 533.

charge est formellement considérée comme une prétention de l'enfant, elle bénéficie économiquement au parent qui assume la prise en charge de l'enfant¹¹.

L'entretien portant sur les coûts directs et la contribution de prise en charge n'ont pas la même vocation : les coûts directs englobent les dépenses qui sont immédiatement nécessaires aux conditions de vie de l'enfant ; en revanche, la contribution de prise en charge n'y contribue qu'indirectement, puisqu'elle est économiquement attribuée au parent gardien¹². Cette différence justifie qu'en principe, les moyens disponibles du débirentier soient en premier lieu affectés à la couverture des coûts directs¹³. La contribution de prise en charge présente ainsi en règle générale un caractère subsidiaire : elle n'est due qu'une fois les coûts directs acquittés, dans la mesure des moyens économiques restants du débirentier¹⁴, à l'exception des frais de garde par des tiers.

FamPra.ch 2024 p. 317, 320

qui sont mis sur un pied d'égalité avec les coûts indirects induits par la prise en charge personnelle¹⁵. La volonté du législateur était en effet de ne pas privilégier un type de prise en charge au détriment de l'autre¹⁶.

III. Le sort de la contribution de prise en charge en cas de naissance d'un nouvel enfant issu d'une nouvelle relation du parent gardien¹⁷

1. L'arrêt 5A 378/2021 du 7 septembre 2022

a) L'état de fait

Monsieur A et Madame B ont divorcé par jugement rendu le 24 avril 2017. Ils ont trois enfants communs (C, D et E). Selon convention sur les effets du divorce ratifiée par le jugement précité, Monsieur A doit s'acquitter de contributions d'entretien pour C, D et E. Depuis 2015, Madame B est en couple avec Monsieur H, avec qui elle a eu un enfant à la fin de l'année 2019 (I). Avant la naissance de son quatrième enfant, Madame B travaillait à 50 % ; elle a repris à ce même taux d'activité à l'issue de son congé maternité.

Par jugement en modification de jugement de divorce rendu le 3 juin 2020 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, les contributions d'entretien en faveur de C, D et E ont été réduites en ce qui concerne la contribution de prise en charge. Le premier juge a estimé qu'une part du déficit de la mère devait être supportée par le père du quatrième enfant.

Par arrêt du 24 mars 2021, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis l'appel de Madame B et a réformé le jugement du 3 juin 2020 ; l'autorité cantonale a réparti le déficit de Madame B, respectivement la contribution de prise en charge, uniquement entre les trois enfants communs des parties, C, D et E.

Monsieur A a recouru au TF contre l'arrêt sur appel.

¹¹ ATF 148 III 353, consid. 7.3.2 ; ATF 144 III 481, consid. 4.3 ; sur l'interdépendance entre l'entretien de l'enfant mineur et celui du conjoint et ses conséquences procédurales : TF, 5A 60/2022 du 5 décembre 2022.

¹² ATF 144 III 481, consid. 4.3, JdT 2019 II 179.

¹³ ATF 144 III 481, consid. 4.3, JdT 2019 II 179 ; TF, 5A 737/2018 du 3 février 2021, consid. 4, FamPra.ch 2021, 501 ; TF, 5A 743/2017 du 22 mai 2019, consid. 5.2.3 ; Hartmann, *Betreuungsunterhalt – Überlegungen zur Methode der Unterhaltsbemessung*, RSJB 153/2017, 85 ss, sp. 106.

¹⁴ ATF 144 III 481, consid. 4.3, JdT 2019 II 179 ; Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, *Der Betreuungsunterhalt : Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung*, FamPra.ch 2017, 163 ss, sp. 180.

¹⁵ TF, 5A 708/2017 du 13 mars 2018, consid. 4.9 : si les moyens financiers sont insuffisants et que certains enfants sont pris en charge par des tiers, d'autres par le parent gardien, les frais de garde par des tiers doivent être réduits dans une proportion équivalente à la réduction de la contribution de prise en charge, voire supprimés si cette dernière ne peut pas être couverte non plus.

¹⁶ Message (n. 2), 511 ss, sp. 533.

¹⁷ Il pourrait y avoir plus de deux débiteurs d'entretien si le parent gardien a des enfants avec plus de deux partenaires différents, mais ce cas de figure restant plus rare, les questions qui se posent seront examinées avec l'hypothèse de deux débiteurs d'entretien seulement (comme c'était d'ailleurs le cas pour les divers arrêts qui seront cités).



b) La question à résoudre

Le déficit de Madame B, qui travaille à 50 %, doit-il être réparti entre ses quatre enfants ou uniquement entre les trois enfants communs des parties, dès lors que la

FamPra.ch 2024 p. 317, 321

naissance du quatrième enfant n'a pas impliqué de réduction supplémentaire de son taux d'activité ? En d'autres termes, est-il correct de ne pas répartir le déficit de Madame B entre ses quatre enfants mais de le faire supporter intégralement au père des trois premiers enfants, du moment que la naissance du quatrième enfant ne cause pas une augmentation de ce déficit¹⁸ ?

c) L'analyse du Tribunal fédéral

L'arrêt¹⁹ relève que selon la doctrine, le déficit du parent gardien doit être assumé par le parent dont l'enfant occasionne la perte de la capacité de gain. En l'occurrence, Madame B se trouve en situation de déficit bien qu'elle exerce, comme c'était déjà le cas avant la naissance de son quatrième enfant, une activité lucrative à 50 %, taux dont il n'est pas contesté qu'il correspond à celui que l'on pourrait exiger d'elle si elle n'avait pas eu son quatrième enfant. Monsieur A ne prétend pas ni ne précise dans quelle mesure Madame B n'exercerait pas d'activité lucrative à raison de la prise en charge personnelle de son quatrième enfant. Dans ces circonstances, le lien de causalité entre le déficit de Madame B et la naissance de son quatrième enfant n'est pas établi, de sorte qu'il est admissible de répartir ce déficit exclusivement entre les trois enfants aînés.

2. La causalité entre le déficit du parent gardien et la prise en charge des enfants

Dans l'arrêt 5A_378/2021²⁰, le Tribunal fédéral se concentre sur le lien de causalité entre la garde d'enfants et la limitation de la capacité de gain, qu'il avait déjà abordé dans l'arrêt 5A_637/2018 du 22 mai 2019²¹. Il a ainsi repris le principe proposé par la doctrine, selon lequel la perte de la capacité de gain du parent gardien (ou plus exactement son déficit) doit être assumée par le parent dont l'enfant l'occasionne. A juste titre, car cette causalité est en effet indispensable pour l'octroi d'une contribution de prise en charge, cette dernière étant conçue comme une compensation pour le manque à gagner, respectivement le déficit dû à la prise en charge des enfants et non comme une compensation pour les soins apportés aux enfants en eux-

FamPra.ch 2024 p. 317, 322

mêmes²². Cette méthode de calcul correspond aussi à celle appliquée par le Tribunal cantonal fribourgeois dans un arrêt du 1^{er} mai 2019²³.

Elle peut être illustrée par l'exemple suivant.

Madame A a trois enfants, dont elle assume la garde exclusive : les deux premiers avec Monsieur B et le cadet avec Monsieur C :

- l'aîné a 13 ans ; il est scolarisé au secondaire ;
- le deuxième a 9 ans, il est scolarité en primaire ;
- le cadet a un an, donc il n'est pas scolarisé.

Madame A vit en concubinage avec Monsieur C.

¹⁸ TF, 5A_378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8 à 8.4.

¹⁹ TF, 5A_378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8.4, qui cite Stoudmann, Le divorce en pratique, Lausanne 2021, 200, Meier/Stettler, Droit de la filiation, Zurich 2019, 948 ss, Leuba/Meier/Papaux van Delden, Droit du divorce, Berne 2021, n. 106, 1423, et Vontobel/Schweighauser, Das neue Kindesunterhaltsrecht – wo stehen wir, was diskutieren wir, wie rechnen wir in einer komplexeren Situation ?, in : Neunte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2018, 126.

²⁰ TF, 5A_378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8 à 8.4.

²¹ TF, 5A_637/2018 du 22 mai 2019, consid. 5.5.2.

²² Ludin, 5A_378/2021 : Aufteilung des Betreuungsunterhalts in Patchworkfamilien, Swissblawg du 7.10.2022.

²³ TC FR, 1.5.2019, consid. 3.1 publié in RFJ 2019, 307 ; cf. également Stoudmann, Le divorce en pratique, Lausanne 2023, 270 s.

Avant la naissance du cadet, elle travaillait à 50 % pour un salaire de CHF 3000.00 net par mois. Depuis lors, elle ne travaille plus.

Ses charges mensuelles selon minimum vital du droit de la famille (on part du principe que Monsieur B et Monsieur C ont tous deux des revenus suffisants pour couvrir les besoins selon minimum vital du droit de la famille) totalisent CHF 4000.00, après déduction de la part au logement pour les trois enfants et celle de Monsieur C, avec qui Madame A vit.

L'enfant qui justifie la prise en charge la plus étendue est le cadet, qui implique un déficit de CHF 4000.00.

A lui seul, l'enfant aîné n'implique pas de déficit, car si Madame B n'avait que cet enfant, elle pourrait travailler à 80 % pour un salaire de CHF 4800.00 ($\text{CHF } 3000.00 \div 50 \times 80$).

A lui seul, le deuxième enfant implique une perte de la capacité de gain de 50 %, ce qui entraîne un déficit de CHF 1000.00 ($\text{CHF } 4000.00 - \text{CHF } 3000.00$).

Le cadet occasionne une augmentation du déficit de CHF 3000.00 ($\text{CHF } 4000.00 - \text{CHF } 1000.00$).

Les parts des deux enfants (deuxième et cadet) à la contribution de prise en charge sont les suivantes :

le deuxième :	CHF 1000.00
le cadet :	CHF 3000.00

Cet exemple révèle que le Tribunal fédéral fonde son raisonnement sur l'augmentation du déficit induite par l'enfant le plus jeune. Il raisonne en quelque sorte en fonction de « l'augmentation du dommage ». Selon la conception du Tribunal fédéral, il appartient au parent de l'enfant qui nécessite la prise en charge la plus étendue de démontrer qu'un déficit existerait même si le parent gardien exerçait une activité lucrative au taux qu'on pourrait exiger de lui sans la naissance de son nouvel

FamPra.ch 2024 p. 317, 323

enfant ; si le parent du nouvel enfant échoue dans cette preuve, l'entier du déficit du parent gardien doit être incorporé dans les coûts de son enfant²⁴.

Notre Haute Cour s'écarte ainsi des principes qu'elle applique de manière générale en cas de survenance d'un fait nouveau. En effet, selon la jurisprudence constante, un fait nouveau implique que le juge fixe à nouveau la contribution d'entretien après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent en faisant usage de son pouvoir d'appréciation²⁵. Une application de ce principe devrait conduire à examiner plus largement dans quelle mesure la prise en charge de chaque enfant contribue au déficit du parent gardien.

La manière dont le Tribunal fédéral applique le principe de causalité est ainsi problématique. En effet, une application de celui-ci qui se limite à examiner dans quelle mesure le premier enfant est à l'origine de la limitation de la capacité de gain, respectivement du déficit, aboutit à un résultat inéquitable : du moment que le parent gardien travaille déjà à un taux réduit (ou ne travaille pas) en raison de la présence du premier enfant et que la naissance du nouvel enfant ne modifie pas ce taux d'activité, le parent débiteur du premier enfant qui justifie un taux d'activité réduit devrait toujours, selon l'argumentation du Tribunal fédéral dans l'arrêt 5A 378/2021, assumer la totalité de la contribution de prise en charge, puisque cet enfant suffit à lui seul à causer une limitation de la capacité de gain dont découle le déficit à couvrir avec la contribution de prise en charge. Ce faisant, le parent débiteur de l'enfant le plus jeune, bien que ce dernier implique lui aussi une prise en charge personnelle et un taux d'activité réduit en conséquence, est favorisé sans raison, puisqu'il peut se soustraire à sa responsabilité du seul fait que la naissance de son enfant n'a pas limité davantage la capacité de travail du parent qui en a la garde²⁶.

Si l'on suit la logique du Tribunal fédéral, telle qu'appliquée dans l'arrêt 5A 378/2021²⁷, dans tous les cas où le parent gardien travaille après la naissance du nouvel enfant au même taux qu'auparavant, la contribution de prise en charge ne serait due que pour le premier enfant. Dès lors, au sein d'une même fratrie, la contribution de prise en charge devrait être attribuée uniquement au premier enfant qui la cause, car

²⁴ TF, 5A 637/2018 du 22 mai 2019, consid. 5.5.2.

²⁵ ATF 138 III 289, consid. 11.1.1 ; ATF 137 III 604, consid. 4.1.2 ; plus récemment, TF, 5A 22/2023 du 6 février 2024, consid. 3.1.

²⁶ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.3, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Aebi-Müller, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2022, Jusletter du 14 février 2022, n. 26 ; Ludin, Swissblawg du 7.10.2022, n. 6 ; cf. également Spycher/Maier, Koordination von Unterhalts- und Unterstützungsleistungen, in Hausheer/Spycher (éds), Handbuch des Unterhaltsrecht, Berne 2023, chap. 8, n. 176 s.

²⁷ TF, 5A 378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8 à 8.4.



l'exigence de causalité fait défaut pour le suivant, bien qu'un enfant plus jeune nécessite en règle générale une prise en charge plus intense²⁸. Il serait ainsi plus équitable

FamPra.ch 2024 p. 317, 324

de considérer qu'en réalité, l'incapacité du parent gardien à couvrir ses propres frais de subsistance puise à autant de sources qu'il y a d'enfants à l'origine de son déficit²⁹.

3. Les différentes solutions proposées par la doctrine et la pratique³⁰

a) La méthode Spycher/Maier

Pour Spycher/Maier³¹, il faut commencer par calculer séparément, pour chaque enfant, la contribution de prise en charge qui serait due par le parent gardien si seul son ou ses enfants étaient pris en compte, compte tenu du taux d'activité exigible selon la règle des paliers scolaires ; le montant ainsi calculé représente la limite supérieure que sa part à la contribution de prise en charge ne doit pas dépasser.

Dans une prochaine étape, il faut répartir entre tous les enfants la contribution de prise en charge telle qu'elle est due pour le plus jeune enfant. A cette fin, le montant total de la contribution de prise en charge doit être réparti entre les différentes « catégories de prise en charge » (selon les paliers scolaires).

Par exemple, si l'aîné est en secondaire, le deuxième enfant en primaire et le cadet en âge préscolaire, la première catégorie comprend 20 % (100 % moins taux d'activité de 80 %), la deuxième 50 % (100 % moins taux d'activité de 50 %) et la troisième 100 % (100 % moins taux d'activité nul), soit un total de 170 %. Tous les enfants participent à la première catégorie, puisque tous impliquent 20 % de prise en charge ou plus. Ensuite, les parts des enfants sont à répartir par tête au sein de chaque catégorie. La somme de chacune des parts de chaque enfant correspond au montant de contribution de prise en charge lui revenant.

Si deux enfants entrent dans la même catégorie, leur part à la contribution de prise en charge est égale.

Si l'on reprend les données de base de l'exemple précédent, cette méthode aboutit aux calculs suivants :

Il y a trois catégories d'empêchement de travailler :

l'aîné :	20 % (100 % – taux d'activité de 80 %)
le deuxième :	50 % (100 % – taux d'activité de 50 %)
le cadet :	100 % (100 % – taux d'activité nul)
Total :	20 % + 50 % + 100 % = 170 %

Il y a donc trois catégories avec les coefficients et parts de contribution de prise en charge ci-dessous :

FamPra.ch 2024 p. 317, 325

$$\frac{2}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 470.60$$

$$\frac{5}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 1176.45$$

$$\frac{10}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 2352.95$$

$$\text{Total : CHF } 470.60 + \text{CHF } 1176.45 + \text{CHF } 2352.95 = \text{CHF } 4000.00$$

L'aîné participe uniquement à la première catégorie ; le deuxième participe aux deux premières catégories ; le cadet participe à toutes les catégories.

Les parts de chacun des enfants à la contribution de prise en charge sont les suivantes :

l'aîné : CHF 470.60 ÷ 3	= CHF 156.85
le deuxième : (CHF 470.60 ÷ 3) + (CHF 1176.45 ÷ 2)	= CHF 745.10
le cadet : (CHF 470.60 ÷ 3) + (CHF 1176.45 ÷ 2) + CHF 2352.95	= CHF 3098.05
Total : CHF 156.85 + CHF 745.10 + CHF 3098.05	= CHF 4000.00

²⁸ Coskun-Ivanovic, *Betreuungsunterhalt zu Lasten des rechtlichen Stiefeltern ?*, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 41.

²⁹ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.3, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Spycher/Maier (n. 26), chap. 8, n. 178.

³⁰ Le cas particulier du (re)mariage du parent gardien avec le parent du nouvel enfant sera traité au chapitre IV du présent article.

³¹ Spycher/Maier (n. 26), chap. 8, n. 178 ss ; Spycher/Schweighauser, *Bemerkungen zum Entscheid 5A_382/2021*, FamPra.ch 2022, 732, sp. 759 ss.

Calcul de contrôle :

- si Madame A n'avait que les deux enfants avec Monsieur B, elle pourrait travailler à 50 % pour un salaire de CHF 3000.00 net par mois ;
- si elle n'avait que l'enfant aîné, elle pourrait travailler à 80 % pour un salaire mensuel net de CHF 4800.00 ($3000 \div 50 \times 80$) ; elle n'aurait pas de déficit, puisqu'elle aurait un salaire de CHF 4800.00 à 80 %, permettant de couvrir ses charges de CHF 4000.00 ($\text{CHF } 4800.00 - \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 800.00$) ;
- dès lors, en attribuant CHF 156.85 de part à la contribution de prise en charge au premier enfant, Monsieur B contribue à une contribution de prise en charge qu'il ne devrait pas couvrir si Madame A avait seulement leur enfant aîné ;
- le calcul de contrôle indique que l'enfant aîné ne doit pas être pris en compte pour répartir la contribution de prise en charge entre les enfants.

En l'occurrence, il n'y a donc que deux catégories à prendre en compte, soit celle de 50 % et celle de 100 %, respectivement 150 % au total ; dès lors :

$$\frac{5}{15} = \frac{1}{3} = \text{CHF } 1333.35 \left(\frac{1}{3} \times \text{CHF } 4000.00 \right)$$

$$\frac{10}{15} = \frac{2}{3} = \text{CHF } 2666.65$$

Total : CHF 4000.00

Les parts des deux enfants à la contribution de prise en charge sont les suivantes :

le deuxième :	CHF 1333.35 + 2	= CHF 666.70
le cadet :	(CHF 1333.35 + 2) + CHF 2666.65	= CHF 3333.30
Total :	CHF 666.70 + CHF 3333.30	= CHF 4000.00

Calcul de contrôle :

- si Madame A n'avait que son deuxième enfant, elle pourrait travailler à 50 % pour un salaire de CHF 3000.00 ;
 - avec un salaire de CHF 3000.00, elle aurait un déficit de CHF 1000.00 ($\text{CHF } 3000.00 - \text{CHF } 4000.00$), correspondant à la contribution de prise en charge que Monsieur B devrait pour ce deuxième enfant, si Madame A n'avait que lui ;
- FamPra.ch 2024 p. 317, 326**

- dans le calcul ci-dessus, Monsieur B doit payer une part de contribution de prise en charge de CHF 666.70 pour le deuxième enfant, soit moins que ce qu'il aurait à payer sans la naissance du troisième enfant.

b) La méthode Schweighauser

Selon Schweighauser³², il convient en premier lieu d'écarter du calcul les enfants dont la prise en charge n'implique pas de déficit du parent gardien. Pour ce faire, on impute au parent gardien un revenu hypothétique, correspondant à ce qu'il pourrait gagner s'il n'avait que l'enfant aîné à sa charge : s'il n'y a pas de déficit, l'enfant aîné est exclu de la répartition.

Il s'agit ensuite de répartir la contribution de prise en charge en partant du montant dû pour l'enfant le plus âgé nécessitant la prise en charge la moins étendue.

Le déficit occasionné par cet enfant est réparti entre tous les enfants ayant droit à une contribution de prise en charge ; le solde du déficit du parent gardien restant après cette répartition est attribué à l'enfant le plus jeune.

Ainsi, en présence d'un enfant scolarisé au niveau primaire et d'un second enfant qui n'est pas encore scolarisé, le déficit au regard d'une activité professionnelle à 50 % est réparti par moitié entre les deux enfants, le solde étant ensuite inclus dans la contribution de prise en charge de l'enfant le plus jeune.

Si l'on reprend les données de base du premier exemple, cette méthode aboutit au calcul suivant :

- si Madame A n'avait que l'enfant aîné, comme vu ci-dessus, elle n'aurait pas de déficit ; ce dernier ne donne donc pas lieu à une contribution de prise en charge ;

³² Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 761 ss.



- si elle n'avait que le deuxième enfant, son déficit serait de CHF 1000.00 au lieu de CHF 4000.00 (CHF 4000.00 – CHF 3000.00) ;
- les parts des deux enfants (deuxième et cadet) à la contribution de prise en charge sont les suivantes :

c) Un arrêt saint-gallois

Le Tribunal cantonal saint-gallois³³ répartit l'entretien entre demi-frères et demi-soeurs en procédant, dans un premier temps, de la même manière que la méthode proposée par Spycher/Maier. Cependant, la suite de la démarche diverge, en ce sens

FamPra.ch 2024 p. 317, 327

qu'il n'y a pas de répartition entre les enfants de la part à la contribution de prise en charge des aînés, ni de calcul de contrôle.

Si l'aîné est scolarisé en primaire alors que le cadet ne l'est pas encore, le Tribunal cantonal saint-gallois répartit la contribution de prise en charge, calculée sur le déficit effectif du parent gardien, dans un rapport $\frac{1}{3}$ (correspondant à une restriction de la capacité de 50 %) pour l'aîné et $\frac{2}{3}$ (correspondant à une restriction de la capacité de gain de 100 %) pour le cadet. Dès que les deux enfants sont scolarisés en primaire, la restriction de la capacité de gain du parent gardien causée par chaque enfant est identique, de sorte que la contribution de prise en charge doit être supportée par moitié par chaque débiteur d'entretien. A partir de l'entrée au secondaire de l'aîné, la contribution de prise en charge est répartie selon une proportion de $\frac{2}{7}$ (correspondant à une restriction de la capacité de gain de 20 %) pour lui et de $\frac{5}{7}$ (correspondant à une restriction de la capacité de gain de 20 %) pour le cadet.

Si l'on reprend les données de base du premier exemple, cette méthode aboutit au calcul suivant :

Il y a trois catégories d'empêchement de travailler :

l'aîné :	20 % (100 % – taux d'activité de 80 %)
le deuxième :	50 % (100 % – taux d'activité de 50 %)
le cadet :	100 % (100 % – taux d'activité nul)
Total :	20 % + 50 % + 100 % = 170 %

Il y a en tout 17 tranches de 10 % (2 + 5 + 10), à répartir comme suit entre les enfants :

l'aîné : = $\frac{2}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 470.60$

le deuxième : = $\frac{5}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 1176.45$

le cadet : = $\frac{10}{17} \times \text{CHF } 4000.00 = \text{CHF } 2352.95$

Total : CHF 470.60 + CHF 1176.45 + CHF 2352.95 = CHF 4000.00

d) Un arrêt genevois

Pour la Cour de Justice genevoise³⁴, comme pour Spycher/Maier, il y a trois catégories d'empêchement de travailler (20 %, 50 %, 100 %). Ces catégories sont réparties à parts égales entre tous les enfants qui y participent.

Dans l'arrêt en question, le déficit de la mère est de CHF 3068.00 ; elle ne travaille pas et a trois enfants de 10, 3 et 2 ans. L'aînée est issue d'une précédente union ; les deux cadets sont les enfants qu'elle a en commun avec son mari. Les époux sont en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale.

L'aînée est scolarisée en primaire, de sorte que sa part doit être proportionnellement réduite de 50 %, puisque si elle était la seule enfant, sa mère pourrait travailler à mi-temps. Dès lors, la moitié du déficit doit être répartie entre les trois enfants :

FamPra.ch 2024 p. 317, 328

CHF 3068.00 ÷ 2 + 3 = CHF 511.00, correspondant à la prise en charge commune aux trois enfants. Puis, l'autre moitié doit être répartie entre les deux plus jeunes : CHF 3068.00 ÷ 2 ÷ 2 = CHF 767.00

³³ TC SG, 23.3.2021, FO.2014.29-K2, consid. 10c, 11c à 11e, qui donnera d'ailleurs lieu, sur recours, à l'arrêt TF, 5A_382/2021 du 20 avril 2022, consid. 7.1.2 à 7.1.4, FamPra.ch 2022, 732, sp. 740-741, np in ATF 148 III 353 ; dans le même sens, voir également Stoudmann (n. 23), 266.

³⁴ CJ GE, 28.4.2017, arrêt ACJC/504/2017, consid. 3.2.4 ; cf. aussi Stoudmann (n. 23), 266.

Ainsi, la contribution de prise en charge pour l'aînée est de CHF 511.00 ; pour les deux cadets, elle est de CHF 1278.00 chacun (CHF 511.00 + CHF 767.00).

Dans cette méthode, le juge n'examine pas s'il existerait un déficit, ni quelle serait son ampleur, si le parent gardien ne prenait en charge que son enfant aîné.

Si l'on reprend les données de base du premier exemple, cette méthode aboutit au calcul suivant :

20 % du déficit doit être réparti entre les trois enfants, soit :

$\text{CHF } 4000.00 \times 20 \% \div 3 = \text{CHF } 266.65$ par enfant.

30 % du déficit (50 % moins les 20 % déjà pris en compte ci-dessus) doivent être répartis entre le deuxième et le cadet, soit $\text{CHF } 4000.00 \times 30 \% \div 2 = \text{CHF } 600.00$ par enfant.

Les 50 % restants sont à attribuer au cadet uniquement, soit :

$\text{CHF } 4000.00 \times 50 \% = \text{CHF } 2000.00$

Les parts des enfants à la contribution de prise en charge sont les suivantes :

l'aîné : CHF 266.65 CHF 266.70 (arrondi)

le deuxième : CHF 266.65 + CHF 600.00 = CHF 866.65

le cadet : CHF 266.65 + CHF 600.00 + CHF 2000.00 = CHF 2866.65

Total : CHF 266.70 + CHF 866.65 + CHF 2866.65 = CHF 4000.00

e) Une répartition en équité

Dans son arrêt 5A_1065/2020 du 2 décembre 2021³⁵, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de partir du déficit effectif du parent gardien tel qu'il se présente ensuite de la naissance de l'enfant le plus jeune ; puis de répartir ce déficit en fonction de la réduction de la capacité de gain causée par chaque enfant ; puis de pondérer cette répartition afin de tenir compte du « travail effectif » de prise en charge induit par le nombre d'enfants.

Dans le cas d'espèce, Madame B a trois filles d'un premier lit avec Monsieur A, dont elle assume la garde, à savoir C (11 ans), D (8 ans) et E (6 ans) ; elle a un quatrième enfant avec son concubin, F âgé de 2 ans.

Le Tribunal fédéral a retenu ce qui suit : « (...) il est vrai qu'en tenant compte uniquement des enfants des parties, l'intimée pourrait reprendre une activité lucrative à 50 % selon le système des paliers scolaires (cf. ATF 144 III 481 consid. 4.7.6). Cela étant, compte tenu du nombre et de l'âge des trois filles des parties, il n'apparaît pas que la cour cantonale aurait manifestement outrepassé la marge d'appréciation dont elle dispose en la matière (art. 4 CC) en attribuant, en l'état, seulement 40 % du déficit à F, étant précisé que le fait qu'une autre répartition eût été envisageable ne suffit

FamPra.ch 2024 p. 317, 329

pas à démontrer le caractère insoutenable de la décision querellée (cf. supra consid. 2.1). Pour ce qui est de la répartition des 60 % restants entre ses filles, le recourant se contente d'opposer sa propre solution (contribution de prise en charge plus élevée en faveur de E) à celle de la cour cantonale (répartition à parts égales entre les trois filles), ce qui est également impropre à démontrer le caractère arbitraire de la décision querellée »³⁶.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'aborde pas du tout la question de savoir dans quelle mesure la prise en charge des trois enfants aînés entraîne effectivement une incapacité du parent gardien à subvenir à ses propres frais de subsistance. Alors même que dans les arrêts 5A_378/2021 du 7 septembre 2022 et 5A_637/2018 du 22 mai 2019, le Tribunal fédéral souligne que le déficit du parent gardien doit être assumé par le parent dont l'enfant l'occasionne, cette question est ici totalement passée sous silence, dès lors que l'arrêt n'examine pas quel serait le déficit effectif du parent gardien s'il devait s'occuper uniquement des trois enfants de sa première union.

³⁵ TF, 5A_1065/2020 du 2 décembre 2021, consid. 5 à 5.4.

³⁶ TF, 5A_1065/2020 du 2 décembre 2021, consid. 5.4.

4. L'insolvabilité de l'un des débiteurs d'entretien

Les considérations ci-dessus partent du principe que les deux débiteurs de la contribution de prise en charge sont solvables et donc en mesure d'assumer leur part éventuelle de celle-ci.

L'insolvabilité d'un débiteur ne devrait avoir aucune répercussion sur la contribution de prise en charge due par un autre débiteur. En effet, d'une part, la contribution de prise en charge de chaque enfant est à fixer sur la base de la situation de ses parents, peu importe la situation du parent de l'autre enfant vivant dans le même ménage³⁷ ; d'autre part, un parent n'a aucune obligation directe d'entretien en faveur d'un enfant né d'une autre relation de l'autre parent³⁸.

Lorsque la contribution de prise en charge est due par les deux débiteurs (cf. si les deux enfants impliquent un taux d'activité réduit générant un déficit), Fountoulakis soutient qu'il existe entre les débiteurs une solidarité passive au sens des art. 144 ss CO, à concurrence du montant du déficit qui existerait s'il n'y avait que l'enfant du débiteur solvable³⁹. On ne voit cependant pas sur quelle base légale reposerait une telle solidarité, à moins que les débiteurs d'entretien ne fassent une déclaration en ce sens⁴⁰.

FamPra.ch 2024 p. 317, 330

5. Synthèse

S'il apparaît évident qu'il n'appartient pas au parent de l'enfant ne nécessitant plus de prise en charge ou une prise en charge moindre d'assumer le déficit ou une part de déficit plus élevée, induite par un autre enfant⁴¹, savoir comment répartir entre plusieurs débiteurs d'entretien une contribution de prise en charge ou une part de celle-ci induite par chacun de leurs enfants s'avère nettement plus complexe.

Les différentes solutions proposées par la pratique et la doctrine amènent à des résultats très dissemblables, comme le révèle le tableau ci-après, fondé sur les exemples ci-dessus.

Comparaison des résultats						
	l'aîné	le deuxième	le cadet	total père 1 (enfants 1 et 2)	total père 2 (enfant 3)	total global
TF	CHF –	CHF 1000.–	CHF 3000.–	CHF 1000.–	CHF 3000.–	CHF 4000.–
Spycher/Maier	CHF –	CHF 666.70	CHF 3333.30	CHF 666.70	CHF 3333.30	CHF 4000.–
Schweighauser	CHF –	CHF 500.–	CHF 3500.–	CHF 500.–	CHF 3500.–	CHF 4000.–
TC Saint-Gall	CHF 470.60	CHF 1176.45	CHF 2352.95	CHF 1647.05	CHF 2352.95	CHF 4000.–
CJ Genève	CHF 266.70	CHF 866.65	CHF 2866.65	CHF 1133.35	CHF 2866.65	CHF 4000.–

Telles qu'elles ressortent des arrêts commentés, les méthodes de la Cour de Justice de Genève et du Tribunal cantonal saint-gallois présentent l'inconvénient de répartir le déficit du parent gardien entre tous les enfants, en y incorporant même ceux pour lesquels il n'est pas établi que le parent gardien encourrait un déficit s'ils étaient seuls à sa charge. En d'autres termes, le parent non gardien peut se voir contraint de supporter un déficit qui n'existerait pas si son enfant était seul, parce que le parent gardien pourrait alors exercer une activité lucrative à un taux qui lui permettrait de couvrir ses charges ; il appartiendrait ainsi au parent non gardien de combler en partie un déficit causé exclusivement par la naissance d'enfants puînés dont il n'est pas le parent.

La méthode Spycher/Maier est sans doute la plus académiquement aboutie ; il faut cependant constater que sa mise en œuvre, avec ses multiples calculs de contrôle, est très difficile en pratique.

La méthode appliquée par le Tribunal fédéral dans les arrêts 5A 378/2021 du 7 septembre 2022 et 5A 637/2018 du 22 mai 2019 a le défaut de favoriser sans raison le parent de l'enfant le plus jeune, surtout lorsque son enfant entre dans la même catégorie de palier scolaire que son aîné. Il faut à cet égard souligner que dans des situations financières précaires, le parent gardien, après la naissance d'un autre enfant, ne

³⁷ Stoudmann, La contribution de prise en charge, in : Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, in : Fountoulakis/Jungo (éds), Fribourg 2018, 83 ss, sp. 115.

³⁸ Stoudmann (n. 23), 232 s et 272.

³⁹ Commbâlois/Fountoulakis, Art. 285 CC, n. 55 ; voir également TF, 5A 565/2023 du 21 mars 2024, consid. 5.2 et 5.4.

⁴⁰ Coskun-Ivanovic, Unterhaltsrechts in Fortsetzungsfamilien, FamPra.ch 2023, 847 ss, 866 ; Spycher/Maier (n. 26), chap. 8, n. 172 s.

⁴¹ TF, 5A 637/2018 du 22 mai 2019, consid. 5.5.2 ; Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 865 ; Stoudmann (n. 23), 270 s.

peut pas toujours se permettre de réduire son taux d'activité. Et lorsqu'il ne travaille pas, il doit s'occuper non seulement de l'enfant né d'une précédente union, mais aussi du nouvel enfant, et même davantage de celui-ci d'ailleurs. Dans un tel cas,

FamPra.ch 2024 p. 317, 331

contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal fédéral⁴², il n'est pas adéquat d'appliquer l'exigence de causalité d'une manière qui se focalise uniquement sur l'augmentation du déficit causé par l'enfant le plus jeune ; sinon, il faudrait considérer aussi dans des familles comptant plusieurs enfants communs que la contribution de prise en charge serait due au premier des enfants qui l'occasionne. Ce raisonnement est en outre incompatible avec le principe de l'égalité de traitement entre les enfants.

Finalement, la méthode Schweighauser se révèle équitable et relativement simple à mettre en œuvre. Il en irait du reste de même des méthodes de calcul des juges saint-gallois et genevois, si la démarche commençait par écarter du calcul l'enfant dont la prise en charge ne cause pas directement un déficit.

La diversité actuelle des méthodes, voire l'absence de méthode dans certains cas, conduit à de grandes différences et à une insécurité juridique pour un sujet déjà très complexe. Il est donc nécessaire que le Tribunal fédéral se prononce rapidement en faveur d'une méthode concernant la répartition de la contribution de prise en charge ou qu'il élabore la sienne, de manière à avoir une manière de procéder uniforme dans toute la Suisse⁴³. Il est cependant permis d'espérer que le Tribunal fédéral choisira une méthode dont la mise en œuvre est équitable, mais également adaptée à un usage quotidien.

IV. Le sort de la contribution de prise en charge en cas de (re)mariage du parent gardien avec un nouveau partenaire

1. L'arrêt 5A 382/2021 du 20 avril 2022 (ATF 148 III 353)

a) L'état de fait

E est l'enfant né hors mariage en 2012 de la relation entre A, sa mère, et B ; la garde sur l'enfant est exercée par A depuis la naissance de l'enfant.

Par jugement du 18 juin 2014, le Tribunal de l'arrondissement de Werdenberg-Sarganserland a astreint B au paiement d'une contribution d'entretien en faveur de E, jusqu'à l'achèvement d'une formation professionnelle. A a formé appel contre ce jugement.

Le 1^{er} septembre 2017, A s'est mise en ménage commun avec C, qu'elle a épousé en octobre 2017. Un enfant issu de cette nouvelle union est né en novembre 2017. Sur le plan financier, depuis son mariage, A est entièrement soutenue par son mari.

Par arrêt du 23 mars 2021, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a procédé à un nouvel examen du montant des contributions d'entretien, en y incluant une contribution de prise en charge.

FamPra.ch 2024 p. 317, 332

B recourt auprès du Tribunal fédéral. Il conclut à une réduction des contributions d'entretien mises à sa charge.

b) La question à résoudre

Lorsque les frais de subsistance du parent gardien d'un enfant né avant le mariage sont couverts par le nouveau conjoint de ce parent, faut-il encore envisager une contribution de prise en charge en faveur de l'enfant ? En d'autres termes, faut-il considérer que le devoir d'entretien entre époux et la prétention de l'enfant à ce que son parent gardien dispose des moyens pour assurer ses frais de subsistance entrent dans une certaine mesure en concurrence⁴⁴ ?

⁴² TF, 5A 378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8.4.

⁴³ Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 864-865.

⁴⁴ ATF 148 III 353, consid. 7.3.2.

c) L'analyse du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que l'al. 1 de l'art. 163 CC prescrit aux époux de contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille, alors que l'al. 2 les laisse libres de convenir de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint. Il constate ensuite que dans le cas présent, les époux sont convenus que le mari apporterait sa contribution principalement en argent, alors que l'épouse s'occuperait principalement du ménage et des soins à conférer à leur enfant commun. En application de ce choix, les frais de subsistance de l'épouse sont couverts. Depuis le mariage, il n'y a donc pas, du côté de l'épouse, de déficit qui devrait être comblé par une contribution de prise en charge. Dans de telles circonstances, l'octroi d'une contribution de prise en charge à l'enfant né avant le mariage est contraire au droit fédéral⁴⁵.

En revanche, en ce qui concerne la période antérieure au mariage, le soutien financier apporté à la mère par son futur mari avant et pendant leur vie commune (qui a duré un mois) ne repose sur aucune base légale qui instituerait une obligation d'entretien. Les prestations fournies par le concubin et futur mari ne peuvent donc pas être prises en compte pour décharger le débiteur de la contribution de prise en charge pour l'enfant. Cette dernière a donc été confirmée dans son principe pour cette période⁴⁶.

2. Les critiques de la doctrine et de la pratique

a) L'arrêt fait primer le devoir d'entretien du beau-père sur celui du père

Il a été fait grief à cet arrêt de méconnaître le caractère subsidiaire de l'entretien du beau-parent en considérant que celui-ci permettait injustement de décharger le père

FamPra.ch 2024 p. 317, 333

de l'enfant né avant le mariage de son obligation d'entretien⁴⁷. D'une part, il serait faux de considérer, comme le fait le Tribunal fédéral, qu'il existerait une « concurrence » entre la contribution de prise en charge et l'entretien matrimonial, parce que ces deux formes d'entretien divergent tant en ce qui concerne la qualité de créancier (l'enfant pour la contribution de prise en charge, l'épouse pour l'entretien matrimonial) que celle de débiteur (le père, respectivement le mari)⁴⁸. D'autre part, dans la mesure où les moyens financiers du père juridique de l'enfant né avant le mariage permettaient de couvrir les frais de subsistance de la mère qui en a la garde, il était erroné de juger que ces frais doivent être assumés en première ligne par le beau-père de l'enfant, envers lequel l'enfant ne dispose d'aucune prétention directe : ce sont donc les moyens financiers du père de l'enfant qui auraient dû être prioritairement mis à contribution⁴⁹. Si les époux ont ensuite un nouvel enfant, les frais de subsistance du parent gardien devraient alors être répartis dans les contributions de prise en charge des deux enfants et le (re)mariage du parent gardien ne devrait exercer aucune influence⁵⁰.

A ces opinions critiques, il faut donner acte qu'il résulte du devoir général d'assistance entre époux selon l'art. 159 al. 3 CC, concrétisé à l'art. 278 al. 2 CC, que chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage⁵¹. Dans cette mesure, le conjoint du débiteur a un devoir d'assistance indirect envers l'enfant né avant le mariage. Selon la jurisprudence, l'obligation d'assistance des beaux-parents reste cependant subsidiaire par rapport à l'obligation du parent juridique de l'enfant⁵². En raison de son caractère subsidiaire,

⁴⁵ ATF 148 III 353, consid. 7.3.2.

⁴⁶ TF, 5A 382/2021 du 20 avril 2022, consid. 7.3.3, non publié in ATF 148 III 353.

⁴⁷ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Aebi-Müller, Jusletter du 14 février 2022, n. 24 ; Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 13 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, sp. 753.

⁴⁸ Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, sp. 861 s. ; Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 17 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 753 ss.

⁴⁹ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 861 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 753.

⁵⁰ Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 861 ; Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 17.

⁵¹ ATF 143 V 354, consid. 4.2.1 ; ATF 127 III 68, consid. 3, JdT 2001 I 562 ; TF, 5A 788/2017 du 2 juillet 2018, consid. 7.1, non publié in ATF 144 III 349 ; TC NE, 17.1.2022, CACIV.2021.81, consid. 3.4.a.

⁵² TF, 5A 788/2017 du 2 juillet 2018, consid. 7.1, non publié in ATF 144 III 349 ; Guillod/Burgat, Droit des familles, 2022, n. 293, 186 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 753.

le devoir d'entretien du beau-parent n'existe que dans la mesure où les moyens des parents sont insuffisants⁵³.

Néanmoins, les principes – incontestés – rappelés ci-dessus ont jusqu'à présent été posés uniquement en ce qui concerne les coûts directs de l'enfant né avant ou hors mariage. Jamais il n'a été question d'en étendre l'application aux coûts indirects des enfants, soit à des postes de frais qui correspondent concrètement aux coûts directs de l'entretien du conjoint. Or, la contribution de prise en charge porte précisément sur des coûts indirects de l'enfant, qui sont des coûts directs du parent gardien au-

FamPra.ch 2024 p. 317, 334

quel la contribution de prise en charge est économiquement destinée. Dans cette mesure, une contribution de prise en charge servirait à couvrir les mêmes besoins que ceux qui relèvent de l'entretien du conjoint fondé sur l'art. 163 CC : ce n'est donc pas à tort que le Tribunal fédéral a constaté que la contribution de prise en charge et le droit à l'entretien matrimonial entraînent en quelque sorte en concurrence. A cet égard, les critiques selon lesquelles le Tribunal fédéral aurait méconnu le caractère principal de l'entretien du parent par rapport à celui du beau-parent⁵⁴ tombent à faux : dans une telle configuration, ce n'est pas l'obligation d'entretien du beau-père envers l'enfant né avant le mariage qui est en cause, mais bien l'obligation d'entretien du mari à l'égard de celle qui est son épouse.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'ATF 148 III 353, selon les constatations des juges, les coûts directs de l'épouse étaient financés par son mari, conformément à la convention sur la répartition des tâches décidée entre les époux. C'est donc à raison que le Tribunal fédéral n'a pas fondé son raisonnement sur l'ordre de priorité prévalant entre l'entretien du père et du beau-père : s'il est incontestable que le devoir d'entretien du parent prime sur les obligations indirectes du beau-parent, la question qui se pose ici est différente, puisqu'il s'agit de déterminer si une contribution de prise en charge peut être accordée alors même que les moyens de subsistance du parent gardien sont déjà effectivement assurés. En l'occurrence, tel était le cas.

Même parmi les lignes qui critiquent cette décision⁵⁵, il est admis que les époux sont libres, sur la base de l'art. 163 CC, de convenir de la façon dont chacun des époux apporte sa contribution à l'entretien de la famille. Si les époux ont mis en œuvre une répartition des tâches selon laquelle le mari contribue à l'entier de l'entretien financier de la famille et que cette répartition permet effectivement à la mère de disposer des moyens pour exercer la prise en charge de l'enfant né avant le mariage, les droits de cet enfant sont préservés. C'est en effet là que réside le fondement de la contribution de prise en charge : il s'agit d'assurer à chaque enfant la forme de prise en charge la plus adaptée à son intérêt et non pas d'attribuer une manne financière au parent gardien qui serait déconnectée de tout besoin concret. Tant que la prise en charge la plus adaptée est assurée, l'enfant né avant le mariage ne dispose pas d'une prétention plus étendue qui découlerait de la contribution de prise en charge. Allouer une contribution de prise en charge dans ce genre de situations reviendrait à admettre que le nouveau couple formé par la mère et son mari pourrait choisir une répartition des rôles dans laquelle l'entretien financier de l'épouse chargée des tâches ménagères serait à assumer non pas par les conjoints, mais par le père de l'enfant né avant le mariage. La mère bénéficierait en quelque sorte d'une « rente de situation » en raison de l'enfant non commun qu'elle apporte au mariage. Un tel résultat ne peut cependant

FamPra.ch 2024 p. 317, 335

pas être érigé en principe, indépendamment de la situation économique du parent gardien, qui peut s'être considérablement améliorée après le mariage.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral se montre cohérent avec les principes exposés dans l'ATF 144 III 377 et dans le Message du Conseil fédéral, selon lesquels le versement d'une contribution de prise en charge vise uniquement à garantir que l'enfant bénéficie, pour son bien, de la meilleure prise en charge possible et qu'il ne s'agit pas de rémunérer le parent qui s'occupe de l'enfant. La seule question à se poser est celle de savoir si le parent gardien subit ou non un déficit qui mettrait obstacle à la prise en charge la plus adaptée de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, quelle qu'en soit la raison (que ce soit en raison d'un mariage, d'un héritage ou d'un gain de loterie), il n'y a pas lieu d'octroyer une contribution de prise en charge. Du reste, le Message du Conseil fédéral envisageait déjà que la contribution de prise en charge soit allouée « dans le cas d'un parent qui ne dispose pas d'un revenu professionnel, (...), ni d'un revenu provenant d'une autre source »⁵⁶.

⁵³ Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 13.

⁵⁴ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Aebi-Müller, Jusletter du 14 février 2022, n. 24 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 753.

⁵⁵ Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 17.

⁵⁶ Message (n. 2), 556.



Considérer les ressources issues d'une nouvelle union est ainsi conforme aux buts du législateur, si ces ressources permettent la mise en œuvre de la prise en charge la plus adaptée à l'enfant.

b) L'arrêt s'écarte du but du législateur d'assurer un entretien à l'enfant indépendamment de l'état civil de ses parents

L'objectif de la révision de l'entretien de l'enfant était notamment de supprimer les inégalités de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés⁵⁷. Selon ses détracteurs, l'ATF 148 III 353 s'écarte de ce but⁵⁸ : alors même que le législateur entendait supprimer les inégalités de traitement entre les enfants selon que leurs parents ont été mariés ou non lors de leur naissance, le Tribunal fédéral réintroduirait une inégalité de traitement fondée sur le critère de l'état civil des parents, non pas selon que ceux-ci ont été mariés ou non, mais selon qu'ils se marient ensuite ou non avec un nouveau partenaire⁵⁹ ; il instituerait ainsi une « pénalité de mariage » (« Heiratsstrafe »)⁶⁰ injustifiée, parce que si la contribution de prise en charge doit être indépendante de l'état civil des parents, l'enfant né hors mariage ne peut pas être pénalisé en raison du mariage du parent qui le prend en charge⁶¹.

FamPra.ch 2024 p. 317, 336

Sur ce point également, la critique peine à convaincre. Lors des travaux préparatoires, le Conseil fédéral rappelait que la situation d'inégalité à laquelle la révision du droit de l'entretien de l'enfant voulait mettre un terme était la suivante : « *La réglementation actuelle est source d'inégalités de traitement entre les enfants selon que leurs parents ont été mariés ou non. Si dans le cas d'espèce la prise en charge par un parent pendant un certain temps est la meilleure solution pour l'enfant, cette option ne peut en effet être retenue que si les parents sont divorcés, puisque sa prise en charge est financée par la contribution d'entretien après le divorce. Le parent non marié doit en revanche pourvoir seul à son propre entretien, même si l'enfant vit sous son toit* »⁶².

Il ressort clairement du texte du Message que le droit antérieur à la révision considérait certes l'ampleur et la durée de la prise en charge de l'enfant comme un critère déterminant pour calculer la contribution d'entretien due par l'ex-conjoint après un divorce (art. 125, al. 2, ch. 6, CC), mais qu'il ne prévoyait en revanche pas d'obligation pour le parent non marié séparé de verser une contribution d'entretien similaire⁶³. L'inégalité de traitement qui était visée est donc bien celle qui prévalait au moment de la naissance de l'enfant : l'enfant de parents mariés qui divorcent après sa naissance pouvait voir les coûts indirects de sa prise en charge (par le parent gardien) financés par la contribution d'entretien post-divorce servie au parent gardien : les moyens financiers permettant la mise en œuvre de cette prise en charge personnelle étaient ainsi garantis. En revanche, pour l'enfant de parents non mariés, il n'existait aucune prétention au financement des coûts indirects de sa prise en charge : faute de moyens financiers à disposition, la prise en charge personnelle de l'enfant pouvait ne pas être une option. C'est à la lumière de ces situations qu'il faut comprendre le but du législateur de supprimer les inégalités de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés.

La question traitée dans l'ATF 148 III 353 est cependant fondamentalement différente, puisqu'elle porte sur les effets d'un mariage intervenu cinq ans après la naissance de l'enfant. La situation n'est donc en rien assimilable aux inégalités de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés envisagées par le Message. En effet, il s'agit ici d'examiner si le mariage ultérieur du parent gardien (par ses effets généraux définis par les art. 159 et 163 CC) constitue un fait nouveau susceptible de rendre caducs un éventuel déficit antérieur du parent gardien et, par conséquent, la prétention de l'enfant né avant le mariage à la perception d'une contribution de prise en charge. Les critiques qui font grief au Tribunal fédéral d'avoir méconnu l'égalité de traitement voulue par le législateur ne peuvent donc pas être soutenues, car elles sont hors de propos. L'objectif d'égalité était de garantir à chaque enfant la possibilité d'une prise en

⁵⁷ Message (n. 2), 533.

⁵⁸ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Aebi-Müller, Jusletter du 14 février 2022, n. 24 ; Schmidt Noël, Contribution de prise en charge et mariage du parent gardien, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral [5A_382/2021](#), Newsletter DroitMatrimonial.ch, septembre 2022, 12 s. ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755](#).

⁵⁹ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755 s.](#)

⁶⁰ Aebi-Müller, Jusletter du 14 février 2022, n. 24 ; Coskun-Ivanovic, [FamPra 2023, 861](#).

⁶¹ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Coskun-Ivanovic, [FamPra.ch 2023, 861](#) ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755](#).

⁶² Message (n. 2), 523.

⁶³ Message (n. 2), 522.

charge adéquate et non pas d'assurer à chaque enfant une contribution financière même dans les cas où la prise en

FamPra.ch 2024 p. 317, 337

charge personnelle est possible en raison des ressources dont le parent gardien dispose déjà par lui-même. C'est la pérennité de la meilleure solution de prise en charge de l'enfant qui doit être assurée ; en revanche, le maintien en toutes circonstances de la contribution de prise en charge ne saurait constituer un but en soi. Or, dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, aucun auteur ne soutient que la prise en charge personnelle de l'enfant né hors mariage ne demeurerait plus concrètement possible ensuite de l'arrêt rendu, ni que les moyens nécessaires à sa mise en œuvre ne seraient alors plus à disposition. On ne voit pas en quoi cet arrêt contreviendrait aux objectifs poursuivis par la révision.

c) L'arrêt s'écarte sans motif de l'ordre de priorité des pensions posé par la loi et la jurisprudence

Un autre grief adressé à cet arrêt est d'instituer un nouvel ordre de priorité des pensions, s'écartant sans motivation de l'ordre jusque-là établi par la loi et la jurisprudence⁶⁴.

A l'art. 276a CC, le législateur a effectivement posé le principe de la priorité de l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant mineur. Pour sa part, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral s'est toujours référée à l'ordre de priorité suivant : enfant mineur, (ex-)conjoint, enfant majeur⁶⁵, étant rappelé qu'en ce qui concerne l'enfant mineur, le versement de la contribution de prise en charge présente un caractère subsidiaire par rapport à la couverture des coûts directs⁶⁶.

Cependant, tant le Message que la jurisprudence illustrent la portée qu'il faut attribuer à l'ordre de priorité des pensions. Pour le Conseil fédéral, « la priorité de la contribution due à l'enfant mineur par rapport à celle due au conjoint va en particulier contribuer au renforcement de la position de l'enfant dans les situations de déficit »⁶⁷, en allouant en priorité le disponible du parent non gardien à l'enfant. Pour le Tribunal fédéral également, l'ordre de priorité a pour vocation de régler les conflits en cas de moyens insuffisants, du côté d'un seul débiteur, par rapport aux prétentions de ses différents créanciers.

Or, la situation de fait de l'ATF 148 III 353 est toute différente, puisqu'en l'espèce, des moyens financiers étaient disponibles en suffisance aussi bien chez le père de l'enfant né avant le mariage que chez le mari. Il n'y avait donc pas de situation de déficit. La question était donc davantage de déterminer lequel de ces deux potentiels débiteurs solvables devait assumer l'entretien de l'épouse, respectivement de la mère de l'enfant né avant le mariage.

FamPra.ch 2024 p. 317, 338

Le Tribunal fédéral est parti du postulat qu'en présence de ressources suffisantes, la couverture des charges du minimum vital du droit de la famille en faveur du conjoint découlait de l'entretien convenable dû entre époux selon l'art. 163 CC. On ne peut pas lui donner tort sur ce point. Lorsque cet entretien matrimonial permet de pallier un déficit du parent gardien, c'est le fondement même de la prétention à une contribution de prise en charge qui disparaît. Il ne s'agit alors plus de s'interroger sur un éventuel ordre de priorité de prétentions portant sur un même objet économique. A cet égard, dans l'arrêt publié aux ATF 144 III 481⁶⁸ – exempt de critiques de la doctrine – le Tribunal fédéral soulignait déjà que l'entretien portant sur les coûts directs et la contribution de prise en charge n'avaient pas la même vocation, puisque la seconde est économiquement attribuée au parent gardien et que, dès lors, elle ne pouvait pas être totalement mise sur un pied d'égalité avec les premiers. Si l'on considère la question sous l'angle matériel, c'est-à-dire sous l'angle de l'affectation concrète des ressources en jeu, ces dernières servent bel et bien à couvrir les frais de subsistance de l'épouse. Quand il s'agit de déterminer quel débiteur doit être sollicité en priorité, il n'y a rien de critiquable à considérer que ces frais de subsistance relèvent matériellement de l'entretien matrimonial, plutôt que de se fonder uniquement sur le caractère formel de l'attribution à l'enfant de la contribution de prise en charge pour en conclure que c'est le père de l'enfant né avant le mariage qui devrait être recherché en premier lieu.

⁶⁴ Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 862.

⁶⁵ ATF 147 III 265, consid. 7.3, JdT 2022 II 347, SJ 2021 I 316 ; ATF 145 III 393, consid. 2.7.3, JdT 2019 II 377.

⁶⁶ ATF 144 III 481, consid. 4.3, JdT 2019 II 179.

⁶⁷ Message (n. 2), 555.

⁶⁸ JdT 2019 II 179.



d) L'arrêt s'écarte du but du législateur d'éviter la suppression de la contribution d'entretien en cas de (re)mariage

La doctrine rappelle que le projet de modification du Code civil prévoyait d'inclure la contribution de prise en charge dans l'entretien de l'enfant afin que ce dernier continue de disposer des ressources nécessaires, même si la situation personnelle du parent qui assure sa prise en charge venait à se modifier. Le Message soulignait que si elle était intégrée dans la contribution d'entretien après le divorce en faveur de l'ex-conjoint, la contribution de prise en charge pourrait s'éteindre en cas de remariage. Or, selon certains auteurs, l'ATF 148 III 353 paraît conduire automatiquement à la suppression de la contribution de prise en charge, en cas de mariage ou remariage du parent gardien, indépendamment de l'analyse des circonstances du cas d'espèce : les développements du Tribunal fédéral vont à l'encontre des intentions qui étaient celles du législateur dans le cadre de la révision du droit d'entretien de l'enfant⁶⁹.

FamPra.ch 2024 p. 317, 339

Sur ce point également, un retour au Message du Conseil fédéral semble nécessaire. Le passage topique a la teneur suivante : « *Le fait d'inclure la contribution de prise en charge dans l'entretien de l'enfant garantit que ce dernier continuera de disposer des ressources qui lui sont nécessaires, même si la situation personnelle du parent qui assure sa prise en charge se modifie. Intégrée dans la contribution d'entretien après le divorce, la contribution de prise en charge risque en effet de s'éteindre en cas de remariage (art. 130, al. 2, CC). En outre, le parent assurant la prise en charge qui entamerait un concubinage qualifié risque de voir sa contribution d'entretien après le divorce diminuée, supprimée ou suspendue (art. 129 CC). Or, le fait qu'un parent commence une nouvelle relation stable ne doit pas automatiquement entraîner une révision de la contribution de prise en charge. C'est seulement sur la base du cas d'espèce qu'on appréciera si le changement de situation justifie son abaissement. La naissance d'un autre enfant pourrait représenter un tel cas. Au demeurant, si la situation change notablement, il est possible de demander une réévaluation de la contribution d'entretien due à l'enfant (art. 286, al. 2, CC)* »⁷⁰.

En premier lieu, il faut rappeler qu'aux termes de l'art. 130 al. 2 CC, sauf convention contraire, l'obligation d'entretien s'éteint au remariage du créancier. L'extinction de l'obligation d'entretien est alors automatique⁷¹. A cet égard, l'inclusion de la contribution de prise en charge dans l'entretien de l'enfant permet effectivement d'éviter le caractère automatique de cette extinction, ce qui correspond au sens du Message. En revanche, le Message n'exclut pas, d'une manière générale, la réduction, voire la suppression, de la contribution de prise en charge lorsqu'un parent commence une nouvelle relation stable : il se limite à indiquer qu'une telle relation « *ne doit pas automatiquement entraîner une révision* » et réserve expressément la possibilité d'une révision « *si la situation change notablement* ». Par ces derniers termes, il faut comprendre que le critère ne réside pas uniquement dans le mariage comme à l'art. 130 al. 2 CC mais bien dans l'ensemble des circonstances justifiant une modification de l'entretien de l'enfant au sens de l'art. 286 al. 2 CC, auquel le Message se réfère du reste directement. Le Message n'exclut donc pas que le mariage, et les effets généraux qui en découlent selon les art. 159 et 163 CC, puissent constituer l'un des éléments à examiner pour déterminer « *si la situation change notablement* ».

Ensuite, il faut souligner que dans sa motivation, le Tribunal fédéral n'a pas supprimé la contribution de prise en charge en se fondant uniquement sur le critère formel du mariage ultérieur du parent gardien⁷². Il a au contraire constaté qu'en raison

FamPra.ch 2024 p. 317, 340

de la répartition des tâches choisie par les époux, le parent gardien voyait ses frais de subsistance couverts, de sorte qu'il n'y avait pas de déficit à compenser par une contribution de prise en charge⁷³. On ne peut donc pas déduire de l'ATF 148 III 353 que le Tribunal fédéral a posé l'équation : (re)mariage du parent gardien = suppression de la contribution de prise en charge, mais bien l'axiome : pas de déficit du parent gardien = pas de contribution de prise en charge. Il serait par conséquent hasardeux de considérer que cette

⁶⁹ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, LGVE 2023 II Nr. 7 ; Schmidt Noël, (n. 58), 13 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 755 s.

⁷⁰ Message (n. 2), 533 s.

⁷¹ Commbâlois Gloor/Spycher, art. 130 CC, n. 5 ; CommPra Matrimonial/Simeoni, 130 CC, n. 10 ; Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 867 ; Commromand/Pichonnaz, art. 130 CC, n. 8 ; Leuba/Meier/Papaux van Delden, Droit du divorce, Berne 2021, n. 830 ss, 345 s.

⁷² Comme semble cependant le soutenir Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 860.

⁷³ ATF 148 III 353, consid. 7.3.2.

jurisprudence conduirait automatiquement à la suppression de la contribution de prise en charge en cas de mariage ou remariage du parent gardien, car ce n'est pas là le critère décisif retenu par les juges fédéraux.

En tout état de cause, une amélioration notable de la situation économique du parent gardien, qu'elle soit consécutive à un (re)mariage ou à une autre cause, constitue toujours un motif de réexamen de la contribution de prise en charge. Si l'on ne peut évidemment que souscrire à l'opinion de certains auteurs qui rappellent que ce n'est pas la situation économique du parent gardien mais les besoins de l'enfant qui doivent guider le choix de la prise en charge⁷⁴, il n'en demeure pas moins que la situation économique du parent gardien est déterminante pour l'octroi, respectivement l'étendue, d'une contribution de prise en charge.

Lorsque l'amélioration de la situation économique du parent gardien découle des effets du mariage et de la répartition des tâches, le réexamen de la contribution de prise en charge n'intervient pas pour des motifs liés à l'état civil de ce parent, mais uniquement du fait que ses besoins de subsistance sont désormais couverts ; il ne s'agit donc pas de considérer que le Tribunal fédéral s'est écarté du principe selon lequel la contribution de prise en charge devait être « *zivilstandsunabhängig* »⁷⁵, mais bien de constater que celle-ci dépend des moyens financiers à disposition ensuite du mariage en application de l'art. 163 CC, dont on peut effectivement relever qu'il n'est, par définition, pas « *zivilstandsunabhängig* ».

Par ailleurs, il est encore fait grief à cet arrêt d'oublier que l'inclusion de la contribution de prise en charge dans l'entretien de l'enfant garantit que ce dernier continuera de disposer des ressources qui lui sont nécessaires, même si la situation personnelle du parent qui assure sa prise en charge se modifie⁷⁶. Il faut cependant relever que le Message précise clairement qu'il ne vise qu'à garantir au parent gardien les « *ressources qui lui sont nécessaires* ». En l'espèce, le Tribunal fédéral a constaté que ces ressources n'étaient plus nécessaires, de sorte qu'on ne peut pas lui adresser le

FamPra.ch 2024 p. 317, 341

reproche d'avoir méconnu le principe. Par ailleurs, l'arrêt ne permet pas de déduire que la contribution de prise en charge aurait été supprimée même si les moyens à disposition des époux étaient insuffisants pour conserver la solution de garde la plus adaptée pour l'enfant né avant le mariage. Dans cette dernière hypothèse, c'est-à-dire si la situation économique du parent gardien accuse tout de même un déficit, malgré le devoir d'assistance de son conjoint fondé sur l'art. 163 CC, la contribution de prise en charge devrait être maintenue. L'ATF 148 III 353 ne soutient cependant pas le contraire.

En définitive, si l'on en revient au principe de causalité posé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 5A 378/2021 du 7 septembre 2022⁷⁷, il convient en premier lieu d'examiner si le parent gardien subit un déficit en raison de la répartition des rôles librement adoptée par les époux. Si tel n'est pas le cas, la solution de l'ATF 148 III 353 doit être suivie : il faut en effet en tirer la conclusion que les époux ont renoncé au soutien financier du père de l'enfant né avant le mariage en ce qui concerne les frais de subsistance de l'épouse. Du reste, l'un des auteurs qui critique le raisonnement tenu dans l'ATF 148 III 353 reproche principalement au Tribunal fédéral de n'avoir pas suffisamment examiné la question de l'existence d'une telle convention entre les époux⁷⁸. A cet égard, il est juste d'affirmer qu'un accord dans ce sens ne saurait se présumer du seul fait que le mari a procédé à l'avance des frais de subsistance de son épouse durant la litispendance de la procédure en fixation de l'entretien de l'enfant né avant le mariage, mais que l'opinion du juge doit se fonder sur des indices concrets⁷⁹. Pourrait constituer un indice dans ce sens le fait que l'épouse, dont l'enfant né avant le mariage est scolarisé, ait abandonné dès le mariage une activité lucrative exercée à 50 % jusque-là : la naissance ultérieure d'un nouvel enfant des époux, et l'incapacité totale de gain présumée par la règle des paliers scolaires, ne devraient alors pas faire renaître le droit à une contribution de prise en charge tant que les ressources des époux permettent de maintenir la prise en charge la plus adaptée aux enfants. De tels indices doivent être appréciés également au regard de la situation financière des nouveaux époux : plus la situation financière de ceux-ci est aisée, plus un accord libre et volontaire sur la répartition des tâches apparaît vraisemblable ; à l'inverse, dans des situations économiquement précaires, il devrait être plus difficile de considérer que le choix de l'épouse de réduire ou d'abandonner une activité lucrative exercée précédemment repose principalement sur une convention des époux et non sur les contraintes imposées par la prise en charge personnelle des enfants. En revanche, dans le cadre de l'examen de la réelle répartition

⁷⁴ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755](#).

⁷⁵ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755](#).

⁷⁶ KG LU, 28.9.2023, 3B 23 19, consid. 2.4, [LGVE 2023 II Nr. 7](#) ; Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 755](#).

⁷⁷ TF, 5A 378/2021 du 7 septembre 2022, consid. 8.4.

⁷⁸ Coskun-Ivanovic Jusletter du 31 octobre 2022, n. 15.

⁷⁹ Coskun-Ivanovic, [FamPra.ch 2023, 860](#) ; Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 15.



des rôles voulue par les époux, l'existence d'une convention écrite par laquelle l'un des conjoints se déclare d'accord d'as-

FamPra.ch 2024 p. 317, 342

sumer l'entretien financier de l'autre époux, mais uniquement dans la mesure où les frais de subsistance de ce dernier ne seraient pas couverts par une contribution de prise en charge (solution proposée en doctrine pour éviter la perte de la contribution de prise en charge⁸⁰), ne devrait pas lier le juge dans les cas où elle ne respecterait pas l'obligation faite par la loi aux époux de contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille : la démarche s'apparenterait alors à un abus de droit.

e) L'arrêt opère une distinction injustifiée entre le mariage et le concubinage

La doctrine s'étonne de la distinction opérée entre les périodes avant et après le mariage. Dans l'arrêt commenté, la suppression de la contribution de prise en charge n'intervient que depuis le remariage et non pas dès le nouveau concubinage de la mère, le Tribunal fédéral justifiant cette différence de traitement par le fait qu'il n'existe pas de base légale qui instituerait une obligation d'entretien pendant le concubinage⁸¹. Or, il peut aussi se produire qu'en raison du soutien financier de son concubin, un parent gardien parvienne à faire face à ses besoins de subsistance et ne soit pas confronté à un déficit. Comme la jurisprudence tient compte du soutien financier apporté par un concubin dans le cadre de la fixation de l'entretien entre (ex-)époux, et ce malgré l'absence de base légale, il n'est pas compréhensible que le Tribunal fédéral fasse abstraction des prestations de soutien reçues pendant le concubinage dans l'examen de la question de savoir si et dans quelle mesure une contribution de prise en charge est due⁸². Certains auteurs s'interrogent ainsi sur le sort que le Tribunal fédéral aurait réservé au litige si la mère n'avait pas épousé son nouveau partenaire, mais avait uniquement partagé avec lui un concubinage stable : devrait-on alors considérer que cette nouvelle relation stable fait perdre non seulement à la mère son propre droit à l'entretien (post-)matrimonial, mais aussi à l'enfant son droit à une contribution de prise en charge⁸³ ?

En relation avec l'entretien (post-)matrimonial, la jurisprudence considère que le principe de la solidarité avant ou après le divorce doit permettre à la personne qui bénéficie d'une rente d'être soutenue lors de sa sortie de la communauté conjugale et de son entrée dans une nouvelle phase de vie en tant que personne seule ; ce principe ne s'applique cependant plus si le créancier entre dans une nouvelle communauté de vie : par son adhésion à une nouvelle communauté de destins, qu'il s'agisse d'une union conjugale ou d'une relation assimilable à une telle union, le créancier abandonne toute prétention découlant de la solidarité, quelle que soit sa nouvelle situa-

FamPra.ch 2024 p. 317, 343

tion financière. Cette renonciation peut être plus ou moins définitive, ce qui dictera le choix de la suppression ou de la suspension de la rente⁸⁴.

Dans l'état de fait soumis au Tribunal fédéral, le ménage commun antérieur au mariage n'a duré qu'un peu plus d'un mois. Malgré l'arrivée imminente d'un nouvel enfant, cette période est bien trop brève pour que les juges aient pu envisager d'examiner la cause sous l'angle des conséquences d'un concubinage qualifié.

Néanmoins, il paraît cohérent de déduire de l'ATF 148 III 353 que si le critère justifiant la suppression de la contribution de prise en charge réside dans l'absence de déficit du parent gardien, la solution adoptée pour la période postérieure au mariage devrait être la même si le parent gardien intègre une communauté semblable à une union conjugale, dans laquelle les deux partenaires vivent une relation à deux solide et exclusive, se vouent fidélité et une assistance complète comme l'art. 159 al. 3 CC l'impose aux époux. Toute autre solution serait en effet inconciliable, d'une part, avec le critère principal retenu par l'ATF 148 III 353 et, d'autre part, avec la jurisprudence constante en ce qui concerne les effets d'un concubinage stable.

Pour aboutir à un traitement différent d'une union conjugale par rapport à un concubinage stable, il faudrait en effet ériger en critère déterminant non pas l'absence de déficit du parent gardien, mais bien le mariage lui-même. La motivation succincte donnée par le Tribunal fédéral dans le considérant 7.3.3 de l'arrêt

⁸⁰ Coskun-Ivanovic, [FamPra.ch 2023, 860](#) ; Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 15.

⁸¹ Schmidt Noël (n. 58), 13.

⁸² Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 20.

⁸³ Spycher/Schweighauser, [FamPra.ch 2022, 757](#).

⁸⁴ TF, 5A_902/2020 du 25 janvier 2021, consid. 5.1.2 ; TF, 5A_964/2018 du 26 juin 2019, consid. 3.2.2 ; TF, 5A_373/2015 du 2 juin 2016, consid. 4.3.2 ; TF, 5A_81/2008 du 11 juin 2008, consid. 5.4.1 et 5.4.2, [FamPra.ch 2008, 944](#).

5A 382/2021, qui se réfère uniquement à l'absence de base légale fondant une obligation d'entretien avant le mariage, pourrait certes laisser penser que tel serait le cas. Une telle justification conduirait cependant à traiter de manière différente des situations qui, du point de vue de la réalité matérielle concrète, sont identiques : un parent gardien en concubinage qualifié et sans déficit continuerait à bénéficier économiquement d'une contribution de prise en charge, mais, dans la même situation économique, il en serait privé s'il était marié. Comme cela est soutenu en doctrine, un tel raisonnement ne pourrait avoir comme conséquence que d'amener les avocats à déconseiller à leurs clients de se remarier avant que le plus jeune enfant dont ils ont la garde n'ait atteint l'âge de 16 ans, afin d'éviter la disparition prématurée de la contribution de prise en charge⁸⁵. Tel n'est sans doute pas le but poursuivi par le Tribunal fédéral.

Finalement, il faut encore relever que l'application par analogie de la jurisprudence rendue sur les effets d'un concubinage stable à la contribution de prise en charge correspond aux préoccupations exprimées par le Message du Conseil fédéral, selon lequel si une nouvelle relation stable ne doit pas automatiquement entraîner une

FamPra.ch 2024 p. 317, 344

révision de la contribution de prise en charge, une réévaluation de la contribution d'entretien due à l'enfant est possible en cas de changement notable des circonstances⁸⁶. Comme en ce qui concerne le mariage, c'est la suppression automatique de la contribution de prise en charge qui doit être évitée en cas de concubinage stable, mais pas une adaptation à une amélioration de la situation économique du parent gardien qui peut découler du soutien financier du concubin. A cet égard, la jurisprudence rappelée ci-dessus ne peut donc pas être transposée telle quelle à la contribution de prise en charge, lorsqu'elle précise que le bénéficiaire de l'entretien abandonne, par le concubinage, toute prétention découlant de la solidarité, « *quelle que soit sa nouvelle situation financière* ». Ce n'est en effet que si la nouvelle situation financière permet la couverture des frais de subsistance du parent gardien que la suppression ou la réduction de la contribution de prise en charge peuvent être envisagée. A défaut, la prise en charge la plus adéquate pour l'enfant ne serait plus garantie et cette conséquence serait contraire au but de l'institution de la contribution de prise en charge.

f) L'arrêt n'explique pas ce qu'il adviendrait en cas de séparation ou de divorce des époux

Une autre question soulevée par cet arrêt est de savoir si la séparation ou le divorce ultérieur de la mère pourrait avoir pour effet de faire renaître la contribution de prise en charge dont elle bénéficiait avant le mariage ou si celle-ci est définitivement éteinte. A cet égard, le choix, inexplicit, du Tribunal fédéral consistant à supprimer la contribution de prise en charge, au lieu de la suspendre, laisserait présumer que la prétention est perdue⁸⁷. Cependant, après la séparation, il n'est plus soutenable d'affirmer que la mère verrait ses frais de subsistance assurés par sa prétention envers son mari à un entretien convenable fondé sur l'art. 163 CC : dans le cas d'espèce, la mère continuerait à s'occuper personnellement de ses deux enfants (celui né avant le mariage et celui issu de l'union conjugale) et la couverture de ses frais de subsistance devrait alors être répartie entre les contributions de prise en charge à verser par les pères des deux enfants⁸⁸.

En cas de séparation, la jurisprudence a posé les règles suivantes. Dès que la séparation paraît irrémédiable, la prétention à une contribution d'entretien est soumise à la condition que le conjoint demandeur ne soit pas en mesure de pourvoir lui-même, par ses propres revenus, à son entretien⁸⁹. Pour fixer la contribution d'entretien selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les

FamPra.ch 2024 p. 317, 345

⁸⁵ Coskun-Ivanovic, Jusletter du 31 octobre 2022, n. 21 ; Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 757.

⁸⁶ Message (n. 2), 533 s.

⁸⁷ Coskun-Ivanovic, FamPra.ch 2023, 868.

⁸⁸ Spycher/Schweighauser, FamPra.ch 2022, 756.

⁸⁹ ATF 147 III 249, consid. 3.4.4, JdT 2021 II 195 ; TF, 5A 147/2023 du 3 juillet 2023, consid. 2.1 ; TF, 5A 144/2023 du 26 mai 2023, consid. 5.2 ; TF, 5A 607/2022 du 26 janvier 2023, consid. 2.1.

époux ont conclue entre eux durant la vie commune au sujet de la répartition des tâches et des ressources (art. 163 al. 2 CC)⁹⁰. Puis, il doit prendre en considération que le but de l'art. 163 al. 1 CC impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée⁹¹. Il se peut donc qu'à la suite de cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pendant la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux⁹². Ainsi, le juge doit examiner si et dans quelle mesure, au vu de ces faits nouveaux, on peut attendre de l'époux, désormais déchargé de son obligation de tenir le ménage antérieur en raison de la suspension de la vie commune, qu'il investisse d'une autre manière sa force de travail ainsi libérée et qu'il reprenne ou étende son activité lucrative⁹³. Ces règles valent *a fortiori* après le divorce : chaque époux doit tendre après le divorce à atteindre son autonomie financière ; il s'agit là, en règle générale, d'une obligation d'épuiser ses réelles capacités de gain pour atteindre cette autonomie⁹⁴, c'est-à-dire d'un devoir de se (ré)intégrer sur le marché du travail ou d'étendre une activité lucrative déjà existante⁹⁵. A cet égard, le fait que l'un des époux n'ait pas exercé d'activité lucrative pendant le mariage ne le délie pas de cette obligation⁹⁶. Tant en ce qui concerne l'octroi d'une contribution de prise en charge qu'en relation avec le droit à une contribution d'entretien d'un (ex-) époux, la capacité de gain d'un parent assurant la prise en charge personnelle d'un enfant se détermine en principe selon la règle des paliers scolaires définie par l'ATF 144 III 481⁹⁷.

Pour en revenir à l'état de fait de l'ATF 148 III 353, en cas de séparation définitive des époux, la mère des enfants ne pourrait plus se prévaloir de la convention que les époux ont conclue entre eux durant la vie commune au sujet de la répartition des

FamPra.ch 2024 p. 317, 346

tâches, sans que ne soit examinée la question de savoir si l'on peut attendre de l'épouse qu'elle investisse d'une autre manière sa force de travail, en principe conformément à ce qui est exigible selon la règle des paliers scolaires. C'est donc à juste titre que la doctrine relève qu'il n'est plus soutenable d'affirmer que la mère verrait ses frais de subsistance assurés uniquement et totalement par sa prétention envers son mari à un entretien convenable fondé sur l'art. 163 CC. L'épouse est alors tenue de s'efforcer de recouvrer son autonomie financière. Si elle n'est pas en mesure de le faire à cause de la prise en charge personnelle de ses deux enfants, ses frais du minimum vital du droit de la famille doivent être couverts par les contributions de prise en charge versées par les deux pères des enfants. Il faut alors appliquer le principe selon lequel la perte de la capacité de gain du parent gardien et son déficit qui en résulte doivent alors être assumés par l'autre parent de chaque enfant, dans la mesure où son enfant les occasionne, conformément à ce qui a été exposé ci-dessus dans le cadre de l'analyse de l'arrêt 5A_378/2021 du 7 septembre 2022.

Finalement, la question de savoir s'il faut déduire de l'ATF 144 III 481 que la contribution de prise en charge serait suspendue ou supprimée en cas de (re)mariage ne présente guère de portée pratique. En matière d'entretien de l'enfant, la loi ne contient pas de disposition semblable à l'art. 129 CC. L'invocation de faits nouveaux pour obtenir la réinstauration de la contribution de prise en charge est donc possible dès que les frais de subsistance du parent gardien ne sont plus couverts.

⁹⁰ TF, 5A_884/2022 du 14 septembre 2023, consid. 8.2.1 ; TF, 5A_935/2021 du 19 décembre 2022, consid. 3.1 ; TF, 5A_409/2021 du 4 mars 2022, consid. 3.5.1 ; TF, 5A_912/2020 du 5 mai 2021, consid. 3.

⁹¹ TF, 5A_884/2022 du 14 septembre 2023, consid. 8.2.1 ; TF, 5A_935/2021 du 19 décembre 2022, consid. 3.1 ; TF, 5A_409/2021 du 4 mars 2022, consid. 3.5.1 ; TF, 5A_912/2020 du 5 mai 2021, consid. 3.

⁹² ATF 138 III 97, consid. 2.2, JdT 2012 II 479 ; ATF 137 III 385, consid. 3.1 ; TF, 5A_884/2022 du 14 septembre 2023, consid. 8.2.1 ; TF, 5A_935/2021 du 19 décembre 2022, consid. 3.1 ; TF, 5A_912/2020 du 5 mai 2021, consid. 3.

⁹³ ATF 148 III 358, consid. 5, JdT 2022 II 315 ; ATF 147 III 301, consid. 6.2, JdT 2022 II 160 ; ATF 137 III 385, consid. 3.1 ; TF, 5A_1065/2021 du 2 mai 2023, consid. 5.3, FamPra.ch 2023, 744 ; TF, 5A_935/2021 du 19 décembre 2022, consid. 3.1 ; TF, 5A_157/2021 du 24 février 2022, consid. 6.3.4.2.

⁹⁴ ATF 147 III 308, consid. 5.4, JdT 2022 II 143, SJ 2021 I 328.

⁹⁵ ATF 147 III 249, consid. 3.4.4, JdT 2021 II 195 ; TF, 5A_407/2021 du 6 mai 2022, consid. 3.1 ; TF, 5A_191/2021 du 22 février 2022, consid. 5.1.2, FamPra.ch 2022, 410 ; TF, 5A_754/2020 du 10 août 2021, consid. 4.3.1.

⁹⁶ ATF 147 III 301, consid. 6.1, JdT 2022 II 160.

⁹⁷ ATF 147 III 308, consid. 5.2, JdT 2022 II 143, SJ 2021 I 328 ; ATF 147 III 249, consid. 3.4.4, JdT 2021 II 195 ; ATF 144 III 481, consid. 4.7.6, JdT 2019 II 179 ; TF, 5A_252/2023 du 27 septembre 2023, consid. 4.2 ; TF, 5A_72/2022 du 18 juillet 2023, consid. 5.1.1 ; TF, 5A_507/2022 du 14 février 2023, consid. 5.1.

3. Synthèse

Les critiques formulées par la doctrine reposent principalement sur des extrapolations déduites d'un arrêt à la motivation lapidaire. En réalité, dans l'ATF 148 III 353, le Tribunal fédéral n'a énoncé expressément qu'un seul principe de portée générale : pas de déficit du parent gardien = pas de contribution de prise en charge. Rien de bien nouveau, en somme, puisque ce principe avait déjà été posé par l'ATF 144 III 481. Pour le reste, il n'apparaît pas que la solution retenue contrevienne aux préoccupations exposées dans le Message du Conseil fédéral ; au contraire, elle trouve même appui dans les travaux préparatoires. Cependant, dans les décisions qui seront à rendre dans d'autres cas de (re)mariage du parent gardien présentant les caractéristiques d'une répartition traditionnelle des rôles, il appartiendra au juge d'instruire de manière détaillée sur l'existence ou non d'une convention entre les époux selon laquelle un seul d'entre eux contribuerait à l'entier de l'entretien financier de la famille.

V. Conclusion

Le Tribunal fédéral est évidemment libre de ne pas tenir compte des multiples avis et des théories parfois abstraites échafaudées par la doctrine. Il est en revanche

FamPra.ch 2024 p. 317, 347

plus regrettable que, dans ses décisions récentes, il peine à expliquer ses choix et ne discute même pas les éléments abordés dans le Message du Conseil fédéral. L'adhésion à certaines solutions retenues par le Tribunal fédéral serait sans doute plus facilement acquise si ses arrêts exposaient clairement le raisonnement qui les fonde en se positionnant tant à l'égard des travaux préparatoires que des préoccupations exprimées en doctrine ou encore de sa propre jurisprudence. Des motivations plus explicites permettraient en outre d'appréhender plus clairement la portée à attribuer à certains arrêts, c'est-à-dire notamment de comprendre si une solution a été retenue en raison des particularités du cas d'espèce ou s'il faut au contraire en tirer un principe de portée générale. Il en va d'une part de la prévisibilité du droit et d'autre part du succès du projet du Tribunal fédéral d'unifier l'application du droit des contributions d'entretien. Tant que l'incertitude restera de mise, en particulier en ce qui concerne les conséquences d'un (re)mariage du parent gardien ou de la naissance d'un nouvel enfant, le terreau sera propice à l'émergence de pratiques cantonales divergentes.

Sur ces questions, qui concernent des situations qui n'ont rien d'exceptionnel, des réponses claires s'imposent ; évidemment, si ces réponses pouvaient résulter d'une motivation appréhendant l'ensemble des paramètres pertinents et permettant d'en déduire les principes posés, leur application dans la pratique quotidienne des avocats et des tribunaux n'en serait que plus aisée. Lorsque le Tribunal fédéral a dessiné les contours de la contribution de prise en charge dans l'ATF 144 III 377 ou lorsqu'il a imposé la méthode en deux étapes pour la fixation de l'entretien de l'enfant dans l'ATF 147 III 265, il s'est exprimé clairement sur les conséquences de ses décisions. Celles-ci ont ainsi pu être mises en œuvre par les juridictions cantonales. Il n'en va pas de même de l'ATF 148 III 353 ou de l'arrêt 5A_378/2021 du 7 septembre 2022, qui posent plus de questions qu'ils n'en résolvent, principalement en raison de motivations lacunaires. Certaines autorités cantonales se sont montrées dubitatives et la doctrine a exprimé des réserves qui ne sont pas toutes sans fondement. Il est dès lors à espérer que le Tribunal fédéral s'en rende compte et prenne rapidement la peine de lever les doutes et l'incompréhension générés par ses dernières décisions.

Résumé : *La méthode de calcul de la contribution de prise en charge a été unifiée par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 17 mai 2018 publié aux ATF 144 III 377. La répartition de cette dernière entre les débiteurs d'entretien d'enfants de plusieurs lits ou en cas de (re)mariage du parent gardien pose en revanche encore de nombreuses questions et les arrêts récemment rendus à cet égard par notre Haute Cour n'apportent pas de réponse satisfaisante. Le présent article présente et analyse les différentes solutions proposées par la doctrine et la pratique, pour arriver à la conclusion que le Tribunal fédéral serait bien inspiré de proposer une méthode unifiée, mais aussi motivée, permettant de lever les doutes et l'incompréhension générés par ses dernières décisions.*

FamPra.ch 2024 p. 317, 348

Zusammenfassung: Die Methode zur Berechnung des Betreuungsunterhalts wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 17. Mai 2018, veröffentlicht als BGE 144 III 377, vereinheitlicht. Die Aufteilung des Betreuungsunterhalts zwischen Unterhaltspflichtigen von Kindern aus mehreren Beziehungen oder im Falle der (erneuten) Heirat des obhutsberechtigten Elternteils wirft hingegen noch viele Fragen auf, welche die jüngsten Urteile des Bundesgerichts nicht zufriedenstellend beantworten. Dieser Beitrag präsentiert und analysiert die verschiedenen von der Lehre und der Praxis vorgeschlagenen Lösungen und kommt zur Erkenntnis, dass das Bundesgericht gut beraten wäre, eine einheitliche, aber auch begründete Methode vorzuschlagen, mit der die Zweifel und das Unverständnis, die durch die jüngsten höchstrichterlichen Urteile entstanden sind, beseitigt werden können.