

## **BGer 5A\_254/2019 vom 18. Juli 2019**

Bundesgericht, 2019-07-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_254\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_254_2019)

FR: TF 5A\_254/2019 du 18 juillet 2019

IT: TF 5A\_254/2019 del 18 luglio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF), par une partie qui a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ). Le recours est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

#### **E. 2.1**

Lorsque, comme en l'espèce, la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5.1), le recourant ne peut se plaindre que de la violation de ses droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés (principe d'allégation; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit ainsi indiquer quelle disposition constitutionnelle aurait été violée et démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation ( ATF 134 II 349 consid. 3). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et la référence).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 113 consid. 7.1 et la référence; 141 III 564 consid. 4.1 et les références).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

#### **E. 3**

Comme en appel, le recourant se plaint du fait qu'un revenu hypothétique à 100% lui a été imputé, alors que son revenu réel " se calcule " depuis le 1er août 2018 sur un taux d'activité effectif à 80%.

### **E. 3.1**

Selon l' art. 285 al. 1 CC , la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère. L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé ( ATF 141 III 401 consid. 4.1; 140 III 337 consid. 4.3 et les références). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en particulier lorsque la situation financière est modeste, en sorte que les parents doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur ( ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt 5A\_946/2018 du 6 mars 2019 consid. 3.1 et les références). Il s'ensuit que, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur ( ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêts 5A\_1046/2018 du 3 mai 2019 consid. 4.3 et les références; 5A\_946/2018 précité consid. 3.1 et les références). Le débirentier qui diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien peut se voir imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêt 5A\_318/2014 du 2 octobre 2014 consid. 3.1.3.2).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit déterminer s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Ensuite, il doit vérifier si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait ( ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources comme les conventions collectives de travail ( ATF 137 III 118 consid. 3.2; arrêt 5A\_454/2017 du 17 mai 2018 consid. 6.1.1 non publié aux ATF 144 III 377 ).

### **E. 3.2**

La Juge déléguée a rappelé que la présidente avait estimé que, même si on comprenait que la décision de l'époux de réduire son taux d'activité avait été guidée par des motifs tendant à l'organisation de sa vie de famille et qu'il souhaitait pouvoir se consacrer pleinement à ses enfants d'une manière qui lui convenait, cela ne pouvait se faire au détriment des besoins financiers de base des enfants. En outre, les certificats médicaux ne permettaient pas de retenir que la réduction du taux d'activité avait été justifiée par des motifs de santé. Enfin, le

premier juge avait relevé que, la réduction du taux ayant été convenue d'un commun accord avec l'employeur, l'époux n'aurait aucune difficulté à retrouver son ancien pourcentage d'occupation. La Juge déléguée a considéré que ce raisonnement pouvait être intégralement confirmé. L'époux avait réclamé à son employeur la diminution de son taux en janvier 2018. Or, les certificats médicaux qu'il avait produits étaient tous postérieurs à la date de sa démarche, de sorte qu'on ne pouvait aucunement retenir que la modification de son temps de travail était commandée par des motifs de santé. De même, comme relevé par le premier juge, la Dresse E. \_\_\_\_\_ faisait uniquement état des difficultés de l'époux à concilier le devoir de garde avec son activité professionnelle à 100%, ce qui était le cas de tout parent qui exerce une activité lucrative à temps plein et ne justifiait pas, en tant que tel, une diminution du taux d'activité.

La Juge déléguée a encore relevé que le fait qu'une activité à temps plein s'opposerait à l'exercice éventuel d'une garde alternée n'était pas pertinent au stade des mesures provisionnelles. En effet, dans la présente cause, elle n'était pas en mesure de se déterminer sur les conditions d'une garde alternée, de sorte qu'une diminution du taux d'activité de l'époux devrait cas échéant être examinée dans le cadre des discussions au fond sur l'instauration d'une potentielle garde alternée évoquée par l'époux. Au demeurant, contrairement aux déclarations de ce dernier, il ressortait du site [www.cff.ch](http://www.cff.ch) que le trajet en transports publics de son domicile à son lieu de travail dure environ une heure, soit deux heures de trajet dans la journée, ce qui ne paraissait pas excessif et ne justifiait pas non plus une diminution du taux d'activité. Lesdits arguments étaient d'autant plus pertinents que le disponible de l'époux ne suffisait pas à couvrir l'entretien convenable des enfants. Aussi, on était en droit d'attendre de l'époux qu'il fasse des efforts particuliers pour épuiser sa capacité maximale de travail sans modifier librement ses conditions de vie. C'était ainsi à tort que l'époux reprochait au premier juge d'avoir retenu, à titre de revenu hypothétique, le salaire qu'il réalisait à 100% avant de réduire son taux d'activité à 80%.

### **E. 3.3**

Selon le recourant, la décision querellée violerait de manière manifeste le principe de l'égalité entre les parents et lui imputerait arbitrairement une capacité de gain au détriment du bien des enfants et de leur prise en charge actuelle, indépendamment d'une garde alternée. Il considère que le " principe constitutionnel d'égalité entre les parents est violé si les relations personnelles des enfants avec la mère sont privilégiées au détriment des relations personnelles des enfants avec le père ". Il rappelle que, pour permettre à la mère de se réinsérer professionnellement, à son rythme, et malgré une séparation qui dure depuis trois ans, il avait fini par réduire son taux d'activité de 20% pour le consacrer à ses enfants et non dans " un élan égoïste, pour nuire à son épouse ou pour son bien personnel ". L'alternative à la diminution de son taux d'activité serait la renonciation à la garde quasi alternée instaurée depuis bientôt deux ans ou une augmentation des frais de garde à sa charge. Dans les deux cas, les enfants en pâtiraient non seulement sur le plan humain mais aussi sur le plan économique. Leur intérêt bien compris passait par la possibilité de maintenir le cadre de prise en charge actuel. Contrairement à ce qu'avait retenu la cour cantonale, l'intérêt économique de la mère à une contribution de prise en charge ne saurait justifier en l'espèce qu'on lui impute un revenu hypothétique, cet intérêt ne pouvant prévaloir sur celui de l'enfant à maintenir des relations personnelles de qualité avec son père, identiques à celles qu'il entretient avec sa mère. L'égalité de droits entre les parents découlant d'une interprétation téléologique de la législation actuelle devrait passer par une

réévaluation des critères d'imputation du revenu hypothétique au parent débirentier. Le Tribunal n'avait pas encore eu l'occasion d'examiner dans quelle mesure le juge peut imputer un revenu hypothétique à un père qui réduit très légèrement son taux d'activité pour exercer pleinement ses prérogatives de père et permettre à ses enfants d'entretenir des relations personnelles de durée et qualité presque identiques à la mère, dans l'intérêt bien compris des enfants. Ce nonobstant, la réduction de son taux d'activité devait être " acceptée " au regard des principes se dégagant de la jurisprudence fédérale très récente, laquelle tendait vers l'égalité des parents quant aux relations personnelles avec leurs enfants, telle que voulue par le législateur. En décider autrement consacrerait une " violation manifeste du principe d'égalité entre le père et la mère quant à la durée et à la qualité des relations personnelles que les enfants sont en droit d'exercer avec chacun d'eux séparément ".

#### **E. 3.4.1**

Dans la mesure où le recourant se prévaut de l' art. 8 al. 3 Cst. , son grief est irrecevable. La garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement s'adresse à l'État et, sous réserve de l'égalité de salaire (art. 8 al. 3, 3e phrase, Cst.), ne produit pas d'effet horizontal direct sur les relations entre personnes privées ( ATF 136 I 178 consid. 5.1; 133 III 167 consid. 4.2; 114 Ia 329 consid. 2b). La partie recourante ne peut donc pas s'en prévaloir à l'appui d'un recours dirigé contre une décision rendue dans une affaire matrimoniale opposant deux particuliers, à l'instar des mesures provisionnelles de divorce (arrêt 5A\_26/2019 du 6 juin 2019 consid. 4.1 et les arrêts cités). Les règles de droit civil doivent cependant être interprétées en tenant compte des exigences particulières qui résultent des droits fondamentaux ( ATF 136 I 178 consid. 5.1). Quoi qu'il en soit, la protection de l'égalité et celle contre l'arbitraire sont étroitement liées et on ne discerne pas en quoi la première aurait une portée propre ici. Les critiques du recourant doivent en conséquence être examinées uniquement à l'aune de l' art. 9 Cst. (arrêts 5A\_26/2019 précité et l'arrêt cité).

#### **E. 3.4.2**

Bien que l'intimée se soit vu attribuer la garde des enfants, le droit de visite dont bénéficie le recourant s'exerce dans une large mesure et de façon proche d'une garde alternée. Se pose dès lors la question de savoir si le recourant pouvait réduire son taux d'activité de 100 à 80% pour s'occuper de ses enfants ou devait continuer à exploiter sa pleine capacité de travail pour subvenir à leurs besoins financiers. En l'occurrence, il ressort de la décision entreprise que, même en tenant compte du revenu réalisé par le recourant lorsqu'il travaillait à plein temps, son disponible ne suffit qu'à couvrir 72% de l'entretien convenable des enfants ( $[2'637 \text{ fr. } 48 \text{ (disponible du recourant)} / 3'634 \text{ fr. } 80 \text{ (entretien convenable des enfants)}] \times 100$ ) alors que l'intimée subit, pour sa part, un déficit mensuel de 1'389 fr. 15. On ne saurait pour autant imposer à l'intimée d'augmenter son taux de travail. En effet, il ressort de la jurisprudence applicable en matière d'imputation d'un revenu hypothétique au parent gardien qu'on peut attendre de ce dernier qu'il recommence à travailler, en principe, à 50% dès l'entrée du plus jeune enfant à l'école obligatoire, à 80% à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire, et à 100% dès la fin de sa seizième année ( ATF 144 III 481 consid. 4.7.6). Dans le canton de Vaud, un enfant intègre l'école obligatoire au plus tôt à quatre ans révolus, respectivement à cinq ans révolus s'il est né après le 31 juillet, et le degré secondaire à 12 ou 13 ans révolus (cf. art. 1 al. 2 et 66 al. 3 de la loi vaudoise du 7 juin 2011 sur l'enseignement obligatoire [LEO; RS/VD 400.02]). Or, en l'espèce la cadette des parties n'est âgée que de sept ans et ne fréquente dès lors pas encore le degré secondaire. Certes, le recourant bénéficie d'un droit de visite qui se rapproche dans les faits d'une garde

alternée, de sorte que l'intimée dispose de plus de disponibilités durant la semaine pour exercer une activité lucrative qu'un parent gardien dont l'ex-conjoint ne serait au bénéfice que d'un droit de visite usuel. Il ressort toutefois de la décision querellée que, durant l'union, les parties avaient convenu que l'intimée se vouerait à l'éducation des enfants et aux soins du ménage. Ce n'est qu'après la séparation des époux que l'intimée a effectué plusieurs stages avant de trouver un emploi à 50% le 1

er mars 2018. Ainsi, eu égard en particulier au fait que le principe de solidarité entre époux demeure applicable au stade des mesures provisionnelles (cf. arrêt 5A\_267/2018 du 5 juillet 2018 consid. 5.3 et les références), que l'intimée pouvait dès lors encore compter sur le maintien pendant la procédure de divorce de la situation ayant prévalu durant l'union et compte tenu également de l'âge des enfants, il n'apparaît pas arbitraire de considérer qu'elle n'a pas, à ce stade, à augmenter son taux de travail. Le recourant soutient certes que la différence de revenus s'il devait augmenter à nouveau son taux de travail ne bénéficierait de toute façon pas aux enfants puisqu'elle serait intégralement absorbée par les frais supplémentaires de garde et d'acquisition du revenu ainsi que par l'augmentation de la charge fiscale qui en découle. Il n'apporte toutefois aucune preuve de ce qu'il allègue. A toutes fins utiles, il sera également rappelé que la cour cantonale a tenu compte du très large droit de visite dont bénéficie le recourant en déduisant de l'entretien convenable des enfants une contribution de 30% au loyer du recourant ainsi que 36% des montants qui leur ont été alloués à titre de base mensuelle et de loisirs, pourcentage correspondant à la contribution en nature du recourant à la prise en charge des enfants. Compte tenu des éléments qui précèdent, c'est sans arbitraire que la Juge déléguée a considéré que le recourant devait continuer, du moins dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles, à exploiter sa pleine capacité financière pour subvenir aux besoins de ses enfants, lesquels ne sont pas intégralement couverts.

### **E. 3.4.3**

Si tant est qu'on lui impute un revenu hypothétique à 100%, le recourant estime que la cour cantonale a arbitrairement retenu des charges correspondant à une activité à 80%. Il ne précise toutefois pas à quels postes de charges il se réfère, alors même que le montant de la plupart de celles-ci ne dépend aucunement de son taux d'activité. Si tant est qu'il faille comprendre qu'il se réfère aux frais de garde et d'acquisition de son revenu ainsi qu'à sa charge fiscale précédemment évoqués, le recourant ne chiffre aucunement les charges qu'il conviendrait selon lui de retenir. A toutes fins utiles, il convient toutefois de relever que les deux enfants des parties sont scolarisés de sorte que seul un éventuel accueil extra-scolaire durant les jours où il exerce son droit de visite devra être financé, prise en charge dont on ignore le coût faute pour le recourant de l'avoir allégué. Insuffisamment motivé au regard de l' art. 106 al. 2 LTF (cf.

supra consid. 2.1), le grief est irrecevable.

### **E. 4**

Le recourant se plaint encore d'arbitraire en tant que le dispositif de l'arrêt querellé le condamne à payer la somme de 1'818 fr. 35 pour l'entretien de D. \_\_\_\_\_, alors qu'il ressort du consid. 8.3.4 que la pension due pour cette enfant a été arrêtée à 988 fr., allocations familiales en sus.

Il apparaît en effet que dans les motifs de sa décision, la Juge déléguée a retenu, calcul à l'appui, que le montant de la contribution d'entretien due par le recourant s'élève à 987 fr.

40, arrondi à 988 fr., pour D.\_\_\_\_\_. Le dispositif de l'arrêt attaqué ne reproduit cependant pas ce dernier montant, lui substituant par erreur celui correspondant au montant assurant l'entretien convenable de l'enfant concerné. Une telle contradiction entre le dispositif et les motifs censés le justifier donne lieu à interprétation ou rectification de la décision par le tribunal qui a statué ( art. 334 al. 1 CPC ; arrêt 5A\_117/2015 du 5 novembre 2015 consid. 5). Il incombait ainsi au recourant de requérir de la Juge déléguée qu'elle procède à la rectification souhaitée, et non pas d'utiliser la voie du présent recours pour corriger cette erreur. Le moyen est dès lors irrecevable (cf. arrêts 5A\_117/2015 précité; 5A\_37/2017 du 10 juillet 2017 consid. 6).

#### **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. La requête d'assistance judiciaire doit être rejetée faute de chances de succès du recours ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires sont par conséquent mis à la charge du recourant qui succombe en application de l' art. 66 al. 1 LTF . Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui a renoncé à se déterminer ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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