

# BGer 5A 257/2023 vom 4. Dezember 2023

Bundesgericht, 2023-12-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_257\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_257_2023)

FR: TF 5A 257/2023 du 4 décembre 2023

IT: TF 5A 257/2023 del 4 dicembre 2023

## Regeste

mesures protectrices de l'union conjugale | Droit de la famille

## Erwägungen

### E. 1

Les deux recours sont dirigés contre le même arrêt, reposent sur le même complexe de faits et opposent les mêmes parties; dans ces circonstances, il y a lieu, par économie de procédure, de joindre les deux causes et de statuer à leur sujet par un seul arrêt ( art. 24 PCF par renvoi de l' art. 71 LTF ).

### E. 2

Déposés en temps utile (art. 45 al. 1 et 2, 46 al. 2 let. a et 100 al. 1 LTF) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), les recours sont dirigés contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature non pécuniaire dans son ensemble pour ce qui est de la cause 5A\_257/2023, dès lors que tant les questions relatives au domicile légal de l'enfant qu'à l'entretien sont litigieuses, et de nature pécuniaire pour ce qui est de la cause 5A\_278/2023 et dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). Les recourants ont par ailleurs participé à la procédure devant l'autorité précédente, sont particulièrement touchés par l'arrêt querellé et ont un intérêt digne de protection à sa modification ou son annulation ( art. 76 al. 1 LTF ). Les recours en matière civile sont donc en principe recevables.

### E. 3.1

Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 précité consid. 5), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise ( ATF 134 II 349 consid. 3; 133 II 396 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4; 140 III 264 consid. 2.3). 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. Une décision cantonale est en outre arbitraire lorsqu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sans motif pertinent ( ATF 148 III 95 consid. 4.1; 147 I 241 consid. 6.2.1).

### **E. 3.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 3.1). Il ne peut 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 147 I 73 consid. 2.2; 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

#### **E. 3.3.1**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Cette exception vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée; peuvent notamment être introduits des faits nouveaux concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente, afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée, ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 139 III 120 consid. 3.1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3). Il appartient au recourant qui entend se prévaloir de l'admissibilité exceptionnelle de faits nouveaux de démontrer que les conditions en sont remplies ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence).

#### **E. 3.3.2**

Les pièces produites par l'époux à l'appui de son recours (P. 143 à 145) sont postérieures à l'arrêt querellé et donc irrecevables, faute pour le recourant d'avoir démontré qu'elles seraient recevables au regard de l' art. 99 al. 1 LTF . Il en va de même des pièces produites par l'épouse (P. 2 à 10); celle-ci n'identifie nullement, ainsi qu'il lui incombait, les pièces nouvelles qu'elle entend soumettre au Tribunal fédéral, pas plus qu'elle ne démontre qu'elles rempliraient les réquisits précités. I. Sur l e recours de A. \_\_\_\_\_ (cause 5A\_257/2023)

### **E. 4**

Le recourant se prévaut d'une application arbitraire ( art. 9 Cst. ) de l' art. 25 al. 1 CC .

#### **E. 4.1**

L'autorité cantonale a considéré que la garde étant partagée par moitié entre les parents, le domicile de l'enfant devait être fixé au lieu de résidence du parent avec lequel ses liens étaient le plus étroit. L'enfant était scolarisé depuis la maternelle dans une école privée sans lien avec son domicile, de sorte que sa domiciliation chez l'un ou l'autre de ses parents

n'avait aucune influence sur son lieu de scolarisation. Elle a ajouté que les parties résidaient dans le même quartier, même si leurs adresses se situaient sur des communes différentes, de sorte que le centre de vie de l'enfant (activités extra-scolaires, vie sociale) n'était pas situé plus près du domicile de l'un des parents que de l'autre. En revanche, dès lors que la condamnation de la mère à prendre en charge l'ensemble des frais de l'enfant (notamment les primes d'assurance-maladie, les frais médicaux non remboursés, l'écolage privé et l'abonnement mensuel TPG) était confirmée, il se justifiait, pour des raisons notamment administratives, de fixer le domicile légal de l'enfant chez elle. L'argumentation développée par le père pour justifier le maintien du domicile de l'enfant chez lui, à savoir que cela lui permettrait d'avoir connaissance des décisions unilatérales que la mère prendrait, s'agissant du suivi médical de l'enfant, n'était pas relevante, l'intéressé étant détenteur de l'autorité parentale. L'autorité précédente a ainsi réformé dans le sens qui précède le jugement de première instance.

#### **E. 4.2**

Selon l'art. 25 al. 1 CC, l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun de ceux-ci, le domicile de celui de ses parents qui détient la garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence. Le domicile de l'enfant sous autorité parentale se détermine en effet en fonction d'une "cascade de critères". Ainsi, lorsque les parents ont un domicile commun, l'enfant aura le même domicile, même s'il ne vit pas physiquement avec eux ou si l'autorité parentale n'est exercée que par l'un des parents. En l'absence de domicile commun des parents, l'enfant partagera le domicile de celui des parents qui détient la garde de fait. L'interprétation de cette notion doit nécessairement tenir compte du but de l'institution du domicile, qui est de rattacher une personne à un lieu de manière relativement stable. Par conséquent, la garde "de fait" doit présenter une certaine stabilité, un changement de domicile au gré des séjours occasionnels n'étant pas praticable. Dans l'hypothèse où les parents conviendraient d'une garde alternée, la référence à ce critère ne permettra pas de déterminer un domicile unique; il conviendra dès lors de déterminer, à l'aide de critères objectifs, quel sera le domicile de l'enfant. En présence d'une garde alternée de durée égale, le recours à des critères supplémentaires - tels que le lieu de scolarisation et d'accueil pré- et post-scolaire, ou le lieu de prise en charge si l'enfant n'est pas encore scolarisé, la participation à la vie sociale, notamment la fréquentation d'activités sportives et artistiques, la présence d'autres personnes de référence, etc. - se révèle alors indispensable. Le domicile se trouvera ainsi au lieu de résidence avec lequel les liens sont les plus étroits ( ATF 144 V 299 consid. 5.3 concernant un litige sur les allocations familiales; arrêt 5A\_210/2021 du 7 septembre 2021 consid. 4.2; EIGENMANN, in Commentaire romand, Code civil I, 2e éd. 2023, nos 5b ss ad art. 25 CC et les références; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6e éd. 2019, p. 718, n° 1093 et les références).

#### **E. 4.3**

Le recourant soutient que l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire en désignant le domicile de la mère comme domicile légal de l'enfant, alors que depuis sa naissance, il se trouverait à l'ancienne adresse familiale, soit en l'occurrence celui du recourant. Il expose également s'être occupé jusqu'à présent de l'ensemble des démarches administratives concernant son fils (subsidés pour l'assurance-maladie, achat de l'abonnement annuel TPG, paiement des cours de football et d'espagnol) et qu'hormis les frais médicaux et l'écolage privé, les autres charges seraient assurées par les parties lorsqu'elles exercent la garde. Il

ajoute que le maintien du domicile légal de l'enfant auprès de lui permettrait à celui-ci de conserver un contrôle sur les décisions que pourrait prendre l'intimée sans le consulter au préalable et ainsi réagir à temps. Enfin, le changement de domicile légal ferait perdre à l'enfant les avantages culturels et financiers qu'offrirait la Commune de V.\_\_\_\_\_. Ainsi, en niant les difficultés de communication entre les parties et en privilégiant l'aspect purement administratif, l'autorité précédente aurait versé dans l'arbitraire au mépris de l'intérêt de l'enfant.

#### **E. 4.4**

En l'espèce, le recourant ne peut rien tirer du fait que, depuis sa naissance, l'enfant a eu pour domicile légal l'ancienne adresse familiale, soit l'actuel domicile du recourant, dès lors que le partage par l'enfant sous autorité parentale du domicile de ses père et mère découle de la loi ( art. 25 al. 1 CC ). Ensuite, en tant que le recourant soutient s'être occupé jusqu'à présent de l'ensemble des démarches administratives concernant l'enfant, il complète librement les faits de l'arrêt attaqué, sans expliquer en quoi ceux-ci auraient été établis de façon manifestement inexacte, notion qui correspond à celle d'arbitraire, ce qui est irrecevable (cf. supra consid. 3.2; art. 106 al. 2 LTF ). Il en va de même des prétendus avantages culturels et financiers dont l'enfant bénéficierait à V.\_\_\_\_\_. Quant à l'argument selon lequel le maintien du domicile légal de l'enfant auprès du père permettrait à celui-ci de conserver un contrôle sur les décisions que pourrait prendre l'intimée, il ne s'en prend nullement aux motifs de l'arrêt attaqué qui a précisément rejeté cette critique. Enfin, les reproches du recourant sont impropres à démontrer que l'autorité précédente aurait, en tenant compte de critères administratifs pour apprécier l'étroitesse des liens avec le lieu de domicile de la mère, manifestement abusé de son pouvoir d'appréciation en se fondant sur des circonstances qui ne jouent aucun rôle ( art. 4 CC ) et versé ainsi dans l'arbitraire. Pour autant que recevable, le grief doit être rejeté.

#### **E. 5**

Le recourant soutient également que l'autorité cantonale aurait procédé à une application arbitraire ( art. 9 Cst. ) de l' art. 176 al. 1 ch. 1 CC , notamment en renonçant d'une part à répartir "l'excédent" subsistant après la couverture du minimum vital LP selon le principe "des grandes et petites têtes" et en incluant d'autre part dans les charges élargies de l'enfant ses frais d'écolage privé.

##### **E. 5.1**

L'autorité précédente a considéré que, pour la période I, pendant laquelle les charges des parties étaient limitées au minimum vital LP, il ne se justifiait pas de partager "l'excédent" de la mère s'élevant à 759 fr., celui-ci pouvant être mis à contribution pour les frais d'école privée de l'enfant, lequel était scolarisé dans le même établissement depuis la maternelle. Quant à la période II, les charges élargies des parties étant couvertes, les frais précités ont été comptabilisés dans les charges de l'enfant, pour le même motif, à savoir que celui-ci fréquentait cette école depuis toujours, et qu'en outre, le contraire aurait eu pour conséquence de faire bénéficier l'époux d'un montant qui était jusqu'à présent utilisé pour l'écolage de l'enfant et non le train de vie des parents.

##### **E. 5.2.1**

La méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent consiste à rechercher d'abord les ressources respectives des époux, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital LP ( art. 93 LP ), le cas échéant élargi par d'autres dépenses incompressibles

du minimum vital du droit de la famille et enfin à répartir l'éventuel montant disponible restant entre les membres de la famille ( ATF 147 III 265 consid. 6.6 et 7; 140 III 337 consid. 4.3). Lorsque la situation financière est serrée, il s'agit en premier lieu de déterminer et de satisfaire le minimum vital LP du débiteur de l'entretien, puis en deuxième lieu celui des enfants mineurs, puis l'éventuelle contribution de prise en charge et enfin le minimum vital LP de l'époux créancier. En présence de moyens financiers limités, il faut s'en tenir là. C'est seulement lorsque le minimum vital LP de toutes les personnes concernées est couvert qu'un éventuel solde disponible peut être pris en considération pour la satisfaction des besoins élargis ( ATF 147 III 265 précité consid. 7.3; 140 III 337 précité loc. cit.). Dans les situations où les ressources suffisent à combler le minimum vital LP de tous les intéressés, sans pour autant couvrir tous les autres postes du minimum vital élargi du droit de la famille, il peut se révéler difficile de choisir les postes à intégrer dans le minimum élargi. Dans l' ATF 147 III 265 précité, le Tribunal fédéral n'a pas instauré un ordre dans lequel ceux-ci devaient successivement être couverts. Selon STOUDEMANN, il existe nécessairement une marge d'appréciation sur les éventuels postes à prendre en compte dans les calculs, même si la règle imposée par le Tribunal fédéral exige de les insérer progressivement et de manière égale entre les parties concernées (STOUDEMANN, *Le divorce en pratique*, 2e éd. 2023, p. 200). Lorsqu'il ne subsiste qu'un faible disponible après la couverture du minimum vital LP, la pratique et la doctrine ont envisagé plusieurs solutions (cf. pour les détails : STOUDEMANN, *op. cit.*, pp. 202 s.). Le juge ne peut toutefois pas passer directement à la répartition par "grandes et petites têtes" sous peine de violer le droit fédéral : en effet ce n'est que lorsqu'il reste des ressources après la couverture du minimum vital du droit de la famille des époux et des enfants mineurs qu'un excédent peut être réparti selon l'appréciation du juge (arrêt 5A\_378/2021 du 7 septembre 2022 consid. 6.2).

### **E. 5.2.2**

Les lignes directrices pour le calcul du minimum vital LP selon l' art. 93 LP émises par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, qui constituent le point de départ lors de la détermination des contributions d'entretien, intègrent dans les charges de l'enfant ses "frais de formation" (transports publics, fournitures scolaires, etc.). Si le Tribunal fédéral a récemment rappelé que les "frais de scolarité" (Schulkosten) faisaient partie du minimum vital LP de l'enfant, il n'a en revanche pas précisé si cela comprenait également les frais d'école privée ( ATF 147 III 265 précité consid. 7.2). Dans un précédent arrêt, il a cependant considéré qu'en présence d'une situation modeste, ceux-ci ne pouvaient pas être pris en compte dans le minimum vital LP, si ce n'est éventuellement jusqu'à la fin de l'année scolaire en cours, afin de ménager les possibilités d'adaptation ( ATF 119 III 70 consid. 3b). V ON WERDT est également d'avis que la part des frais d'écolage dépassant l'usuel (par ex. école privée) font partie du minimum vital du droit de la famille (VON WERDT, *Unification du droit de l'entretien par le Tribunal fédéral*, in *Symposium en droit de la famille - Famille et argent*, 2022, p. 6).

### **E. 5.3**

S'agissant de la période I, le recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir dérogé au principe de répartition de l'excédent par "grandes et petites têtes" dans le but de privilégier la prise en charge des frais d'écolage privé au moyen du disponible, ce qui reviendrait à retenir les charges de l'enfant selon le minimum vital élargi, ce que leurs revenus n'autoriseraient précisément pas. Le résultat serait, selon lui, d'autant plus choquant que la

fortune de son épouse lui permettrait aisément de couvrir ces frais somptuaires. La mise à contribution des économies de l'intimée se justifierait dès lors qu'elle aurait refusé de participer à son entretien, alors qu'il ne percevait plus d'indemnités de l'assurance-chômage, le contraignant à puiser dans ses économies et à emprunter 60'000 fr. auprès de tiers. Quant à la période II, il allègue que les juges cantonaux auraient également fait preuve d'arbitraire, en incluant dans les charges élargies de l'enfant les frais d'écolage privé, qu'il qualifie de dépenses somptuaires. Il relativise les motifs retenus par l'autorité précédente, les revenus de la famille ne permettant plus selon lui de supporter une charge aussi disproportionnée par rapport au budget familial. Il expose encore que la décision d'inscrire l'enfant dans une école privée avait été prise du temps de la vie commune, période pendant laquelle les parties étaient actives professionnellement. Or, depuis fin 2019, sa situation financière s'est péjorée, ses rentes AVS et LPP étant insuffisantes pour couvrir son entretien.

#### **E. 5.4**

Le grief du recourant est mal fondé, en tant qu'il qualifie d'arbitraire le refus de l'autorité cantonale de répartir le montant subsistant selon le principe "des grandes et petites têtes". En effet, selon la jurisprudence, ce n'est que lorsqu'il reste des ressources, après la couverture des minima vitaux élargis des époux et des enfants mineurs, qu'elles peuvent être réparties selon l'appréciation du juge, en général en tenant compte du principe susmentionné (cf. supra consid. 5.2.1). Lorsque comme ici, un disponible subsistait après la couverture du minimum vital LP, il convenait d'élargir celui-ci, dans la mesure des ressources disponibles, à des postes supplémentaires du minimum vital du droit de la famille. Cela étant, en tant que l'autorité cantonale a laissé le solde de 759 fr. à la débirentière, afin de lui permettre de s'acquitter des frais d'écolage, cette solution n'apparaît pas arbitraire, à tout le moins dans son résultat, dès lors que le disponible a été affecté aux besoins particuliers de l'enfant, ce d'autant que le recourant n'expose pas à quels autres postes du minimum vital élargi ce disponible aurait dû être affecté. Quant aux considérations relatives à la non prise en compte de la substance de la fortune de l'intimée pour couvrir certaines dépenses, il n'apparaît pas, et le recourant ne le prétend pas, qu'il aurait critiqué ce point en appel. Or, en vertu des principes de la bonne foi et de l'épuisement des griefs ( art. 75 al. 1 LTF ), tous les moyens nouveaux, de fait comme de droit, sont exclus dans le recours en matière civile au sens de l'art. 98 LTF , sauf dans les cas où seule la motivation de la décision attaquée donne l'occasion de les soulever, ce qui n'est pas le cas ici ( ATF 143 III 290 consid. 1.1; et plus particulièrement en cas d'application de l'art. 98 LTF , cf. arrêts 5A\_683/2021 du 3 mai 2022 consid. 5.2; 5A\_409/2021 du 4 mars 2022 consid. 3.3.2). Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur ce grief. S'agissant de la période II, la prise en compte des frais d'école privée dans les charges élargies de l'enfant n'apparaît pas insoutenable, dès lors que, contrairement à ce que soutient le recourant, les ressources cumulées des parties et de l'enfant (revenus et rentes) sont suffisantes pour couvrir le minimum vital du droit de la famille, dont les calculs laissent même apparaître un excédent de 325 fr. ([9'470 fr. + 3'305 fr. + 745 fr. + 300 fr.] - [4'388 fr. + 5'243 fr. + 3'864 fr.]); ainsi, peu importe que le recourant accuse un déficit (3'305 fr. - 4'388 fr.). Au surplus, en tant que le recourant soutient que cette charge serait somptuaire et grèverait trop lourdement le budget familial, il se contente d'opposer sa propre appréciation de la cause à celle de l'autorité cantonale, ce qui est irrecevable. Partant, ces griefs, pour autant que recevables, doivent être rejetés, étant encore précisé que la question de l'intégration des frais de scolarité privée dans le minimum vital LP, plutôt que dans celui du droit de la famille, constitue l'une des critiques soulevées par l'intimée et sera traitée ci-après (cf. infra consid. 9.1).

## **E. 6**

En tant que le recourant invoque dans la suite de son acte l'application arbitraire ( art. 9 Cst. ) des art. 176 al. 1 ch. 1, 276 et 285 CC, il se contente de reprendre les griefs précités (cf. supra consid. 5.3), lesquels ont tous déjà été écartés. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. II. Sur le recours de B. \_\_\_\_\_ (cause 5A\_278/2023)

## **E. 7**

La recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir renoncé de manière insoutenable à imputer un revenu hypothétique à l'intimé, en raison de son âge, pour la période précédant sa retraite. Elle se prévaut ainsi d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'établissement des faits et l'appréciation des preuves et dans l'application des art. 4, 8, 176 al. 1 ch. 1 et al. 3, 276 et 285 CC, ainsi que de la violation de l' art. 29 Cst.

### **E. 7.1**

L'autorité cantonale a retenu dans les faits que l'époux, né en 1957 et anciennement restaurateur, avait vendu son établissement en septembre 2017. En 2018 et 2019, il avait perçu des indemnités de l'assurance-chômage et des prestations cantonales en cas de maladie. Du 1er janvier 2020 au 30 novembre 2022, soit depuis la fin de son droit au chômage jusqu'à sa retraite, l'époux n'avait réalisé aucun revenu. Ayant atteint l'âge légal de la retraite le 25 novembre 2022, il percevait chaque mois depuis le 1er décembre 2022, une rente AVS de 1'861 fr. ainsi qu'une rente LPP de 1'444 francs. Elle a ensuite considéré que l'on ne pouvait pas suivre l'épouse lorsqu'elle faisait valoir que son mari s'était volontairement placé dans une situation d'inactivité depuis qu'il avait vendu son restaurant en 2017, soit à 60 ans, puisqu'il s'était inscrit au chômage - année durant laquelle il avait été en incapacité de travail pendant plusieurs mois - et avait perçu des indemnités lui permettant de subvenir aux besoins de sa famille. En revanche, il était vrai qu'arrivé au terme de ses droits à l'assurance-chômage fin 2019, il n'avait pas prouvé avoir procédé à des recherches d'emploi sérieuses. Cela étant, il était vraisemblable qu'il n'aurait pas été engagé, même en recherchant activement un emploi, compte tenu du fait qu'il était alors déjà âgé de plus de 60 ans, et qu'il exerçait dans le milieu de la restauration où la pandémie avait entraîné la fermeture de nombreux établissements publics en 2020. Par conséquent, c'était à juste titre que le tribunal de première instance avait considéré que l'on ne pouvait pas imputer un tel revenu à l'époux avec effet rétroactif au 1er décembre 2021.

### **E. 7.2**

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'elle, la première de ces conditions relevant du fait et la seconde du droit ( ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; arrêt 5A\_509/2022 du 6 avril 2023 consid. 5.1). En ce qui concerne le revenu hypothétique, la question juridique est de savoir quelle activité peut être considérée comme raisonnable. La question de fait est de savoir si l'activité considérée comme raisonnablement exigible est possible et si le revenu supposé peut effectivement être obtenu (sur l'ensemble : ATF 147 III 308 consid. 5.6; 147 III 249 consid. 3.4.4; 143 III 233 précité loc. cit.; 137 III 118 consid. 2.3; arrêt 5A\_509/2022 précité loc. cit.). Afin de déterminer si un revenu hypothétique doit être imputé, les circonstances concrètes de chaque cas sont déterminantes. Les critères dont il faut tenir compte sont notamment l'âge,

l'état de santé, les connaissances linguistiques, la formation (passée et continue), l'expérience professionnelle, la flexibilité sur les plans personnel et géographique, la situation sur le marché du travail, etc. L'âge constitue souvent un facteur décisif pour évaluer la possibilité effective d'exercer une activité lucrative. Il ne revêt toutefois pas une importance abstraite, détachée de tous les autres critères, au sens d'une présomption en faveur ou en défaveur du caractère raisonnable de la reprise d'une activité lucrative ( ATF 147 III 308 précité loc. cit.; arrêts 5A\_509/2022 précité loc. cit.; 5A\_907/2019 du 27 août 2021 consid. 3.1.3).

### **E. 7.3**

La recourante soutient que son époux se serait volontairement placé et maintenu dans une situation d'inactivité depuis fin 2017, en s'inscrivant immédiatement au chômage après la vente de son établissement. S'appuyant sur les pièces 7 et 9 produites dans la procédure cantonale, elle invoque une appréciation totalement biaisée des pièces figurant au dossier et fait valoir que l'autorité précédente aurait arbitrairement écarté le fait qu'il aurait planifié de manière malhonnête et de longue date sa dépendance financière. Elle expose ensuite que le raisonnement de l'autorité cantonale - qui retient que son époux n'aurait de toute façon pas été engagé compte tenu de la pandémie et de son âge - serait absurde. Au bénéfice d'une très grande expérience dans le domaine de la restauration, on ne pouvait pas nier, selon elle, le fait qu'il aurait très rapidement retrouvé une totale indépendance financière dès 2020, compte tenu de son expérience, que cela soit en qualité de gérant, directeur de salle, chef de rang, serveur, plongeur, aide de cuisine, etc. A cela s'ajoute encore qu'il serait en pleine forme et maîtriserait plusieurs langues. Dans tous les cas et en contradiction avec les conclusions prises à tort par l'autorité précédente, l'intimé n'aurait pas apporté la preuve du moindre obstacle à sa réinsertion rapide dans le monde professionnel, après la vente de son restaurant et après la fin de sa période de chômage, et ce malgré son âge, qui ne serait en soi pas un handicap, mais assurément un avantage dans le secteur qui est le sien. Il serait également établi qu'il possédait et possède encore toutes les facultés mentales, physiques et professionnelles nécessaires pour trouver un emploi rapidement dans le secteur de la restauration qui, de notoriété publique, connaîtrait actuellement une pénurie importante de personnel en particulier depuis la fin de la période de pandémie liée au virus COVID-19. Partant, un salaire d'au moins 4'208 fr. 25 par mois, qui serait le minimum légal fixé par le législateur, soit 4'000 fr. net par mois, aurait dû lui être imputé à titre de revenu hypothétique pour la période I.

### **E. 7.4**

On relèvera en premier lieu qu'en tant que la recourante se contente en substance d'énumérer des dispositions légales dans le titre de ses griefs sans motiver en quoi celles-ci auraient été appliquées de manière arbitraire (art. 4, 176 al. 1 ch. 1, 176 al. 3, 276 et 285 CC), respectivement violée ( art. 29 Cst. ), sa critique est irrecevable (art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF). Pour ce qui est du reproche selon lequel l'intimé se serait volontairement placé dans une situation d'inactivité depuis fin 2017, en s'inscrivant immédiatement au chômage après la vente de son restaurant, la recourante se limite à substituer sa propre appréciation des preuves à celle de l'autorité précédente et n'explique nullement en quoi celle-ci se serait trompée sur le sens ou la portée des pièces susmentionnées (cf. supra consid. 3.2; art. 106 al. 2 LTF ). Il en va de même lorsqu'elle fait valoir que l'autorité précédente aurait tiré des constatations insoutenables, en retenant que même en recherchant activement un emploi, l'engagement de l'époux n'aurait pas été possible au vu de son âge. Son argumentation revêt

en effet un caractère appellatoire marqué, la recourante se bornant dans une très large mesure à contredire ce qui précède par ses propres allégations relatives notamment à la formation et la santé de l'intimé. Elle ne discute ainsi pas à satisfaction de droit le critère de l'âge retenu par les juges cantonaux - l'intéressé étant âgé de 64 ans exactement au début de la période I -, alléguant uniquement que cet élément ne représenterait objectivement pas un obstacle sérieux à l'embauche, mais constituerait plutôt un avantage certain. En tant qu'elle se plaint d'une violation de la règle sur le fardeau de la preuve, telle qu'elle ressort de l'art. 8 CC "en relation avec la violation de l'art. 9 Cst. ", son grief est d'emblée mal fondé. Cette disposition est sans pertinence ici, puisque l'autorité cantonale a forgé sa conviction quant au fait qu'il était vraisemblable que l'âge de l'intimé était bien un obstacle à sa réinsertion rapide dans le monde professionnel. Ainsi, seuls sont en cause ici l'appréciation des preuves et l'établissement des faits ( ATF 141 III 241 consid. 3.2 et les références). Enfin, le reste de l'argumentation de la recourante intègre de nombreux éléments factuels qui ne ressortent pas de l'arrêt entrepris, sans que leur omission ne fasse l'objet d'une critique conforme aux exigences légales de motivation (cf. supra consid. 3.2), ce qui est irrecevable. Il est notamment fait référence aux problèmes de santé que la recourante aurait rencontrés en 2020, à la prétendue dissimulation, puis dilapidation par l'intimé du produit de la vente de son restaurant et plus généralement de sa fortune et à la violence verbale et physique qu'elle aurait subie de la part de l'intimé et ses conséquences. Pour autant que recevables, les griefs doivent être rejetés.

## **E. 8**

L a recourante estime ensuite que l'autorité cantonale aurait retenu de manière insoutenable ( art. 9 Cst. ) que l'intimé, pendant la période II, ne disposait d'aucune ressource financière hormis ses rentes AVS et LPP.

### **E. 8.1**

L'autorité cantonale a retenu que l'époux était copropriétaire avec son frère de deux appartements en W.\_\_\_\_\_. Le premier de 50 m<sup>2</sup>, dont la valeur fiscale déclarée en 2017 s'élevait à 17'300 euros, était proposé à la vente depuis 2017, sans succès. Le second de 90 m<sup>2</sup>, évalué à 53'125 euros, était, selon les allégations de l'intéressé, occupé par son frère, lequel lui avait versé un total de 850 euros entre mars et septembre 2022. Cela étant, l'autorité précédente a estimé que l'épouse n'avait pas rendu vraisemblable le fait que son mari était en mesure de tirer un revenu locatif de ces biens immobiliers, lesquels ne semblaient par ailleurs pas être de grande valeur. La mise en location de l'appartement conjugal n'apparaissait quant à elle pas non plus judicieuse, le loyer qui aurait pu être obtenu ne permettant a priori pas de réaliser un bénéfice, compte tenu des charges immobilières qui grevaient celui-ci et du montant du loyer du futur appartement de l'époux qui aurait dû être suffisamment grand pour lui permettre d'accueillir l'enfant en garde partagée.

### **E. 8.2**

La recourante fait notamment valoir que l'autorité cantonale aurait retenu de manière insoutenable que son époux se trouvait dans une situation économique plus défavorable qu'elle, l'astreignant ainsi à contribuer à son entretien. Elle prétend que le fait que son époux disposerait d'une fortune non négligeable ne serait pas contestable, faisant référence à l'ancien appartement conjugal de six pièces à U.\_\_\_\_\_, dont les parties sont copropriétaires, et qui pourrait être, selon elle, mis en location pour un loyer oscillant entre

3'000 et 3'500 fr., et aux deux biens immobiliers sis en W.\_\_\_\_\_. Elle prétend que la preuve de l'impossibilité de la mise en location n'aurait pas été apportée par l'époux ( art. 4 et 8 CC ). Quant aux biens sis en W.\_\_\_\_\_, il n'aurait pas non plus démontré qu'ils ne seraient pas loués, respectivement qu'ils ne généreraient pas de revenu. Ainsi, selon elle, l'autorité cantonale ne pouvait pas, sans tomber dans l'arbitraire, estimer qu'elle n'avait pas rendu vraisemblable le fait que l'intimé serait en mesure de tirer un revenu de la location des biens sis en W.\_\_\_\_\_. Elle ajoute encore que son époux aurait admis aider financièrement son frère. Or, une telle déclaration serait incompatible avec l'obligation faite à la recourante de contribuer à l'entretien de celui-ci, sauf à violer les art. 9 et 29 Cst.

### **E. 8.3**

Force est de constater que la recourante se borne là encore à contredire de manière péremptoire les constatations litigieuses par l'exposé de sa propre appréciation des preuves. Elle ne démontre nullement que l'autorité cantonale aurait tiré des constatations insoutenables, notamment s'agissant de l'absence de revenus tirés des biens immobiliers précités, se contentant de manière irrecevable de reprendre, en substance, les arguments vainement soulevés en appel, sans démontrer en quoi leur rejet par l'autorité précédente serait arbitraire. En outre, en tant que la recourante invoque la violation des art. 4 et 8 CC , sa critique est irrecevable, dès lors que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité, en l'occurrence, aux griefs de nature constitutionnelle (cf. supra consid. 3.1). Enfin, en tant qu'elles s'écartent des faits retenus dans l'arrêt querellé, les allégations de la recourante relatives à son beau-frère qui serait entretenu par son époux sont irrecevables (cf. supra consid. 3.2; art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 9**

La recourante estime que l'autorité cantonale aurait arrêté plusieurs montants afférents aux charges des parties et de l'enfant de manière insoutenable ( art. 9 Cst. ). Elle se prévaut également à ce titre d'une application arbitraire de diverses dispositions (art. 4, 8, 176 al. 1 ch. 1 et al. 3, 276 et 285 CC) ainsi que de la violation de l' art. 29 Cst.

#### **E. 9.1**

Elle s'en prend en premier lieu aux frais d'école privée de son enfant.

##### **E. 9.1.1**

Elle prétend que, pour la période I, l'autorité précédente aurait arbitrairement refusé d'intégrer ces frais dans le minimum vital LP de l'enfant, alors qu'elle aurait expressément retenu le caractère impératif de la dépense, l'intéressé étant scolarisé au même endroit depuis l'école maternelle. Pour la période II, elle conteste le montant de 2'037 fr. par mois, comptabilisé pour l'écolage privé dans le minimum vital élargi de l'enfant, qui aurait dû, selon elle, être arrêté à 2'300 fr. (27'590 fr. / 12), comme en attesterait la pièce 6 produite en appel.

##### **E. 9.1.2**

L'autorité précédente a considéré que, pour la période I, les revenus de la mère ne permettant pas de couvrir l'ensemble des charges des parties et de l'enfant selon le minimum vital du droit de la famille, celles-ci devaient être limitées au minimum vital LP, et n'a ainsi pas tenu compte des frais de scolarité privée de l'enfant. Elle a en revanche indiqué que "l'excédent" non partagé de 759 fr. pouvait être mis à contribution pour l'écolage de l'enfant, ce dernier étant scolarisé au même endroit depuis l'école maternelle. Le solde de ces frais

devait quant à lui être acquitté par la mère au moyen de ses économies. Pour la période II, l'autorité précédente a considéré que ce poste pouvait être incorporé dans le minimum vital du droit de la famille.

### **E. 9.1.3**

S'agissant de la période I, la recourante échoue à démontrer le caractère insoutenable de la solution adoptée par l'autorité cantonale, dès lors qu'elle est conforme à la jurisprudence en cas de charges limitées au minimum vital LP (cf. supra consid. 5.2.2). La scolarisation de l'enfant dans un établissement privé depuis la maternelle ne saurait être considéré comme un motif pertinent justifiant de s'en écarter, au vu de la situation financière des parties pendant cette période. En tant que la recourante s'en prend au montant des frais d'écolage tel qu'arrêté par les juges cantonaux pour la période II, le grief est infondé. En effet, la recourante échoue à démontrer que les juges cantonaux auraient versé dans l'arbitraire en retenant, au stade de la vraisemblance, que les frais d'écolage s'élevaient à 2'037 fr. par mois, dès lors que la pièce dont l'intéressée se prévaut n'est qu'une estimation des frais pour l'année scolaire 2022-2023.

### **E. 9.2**

Elle se plaint ensuite de la prise en compte des frais de transports publics et de téléphone dans les charges de l'intimé.

#### **E. 9.2.1**

Ces charges ne seraient selon elle pas justifiées dans la mesure où l'intimé n'exercerait pas d'activité professionnelle.

#### **E. 9.2.2**

L'autorité précédente a retenu dans les charges incompressibles de l'intimé, tant pour la première période que la seconde, des frais de transport d'un montant de 70 fr., en indiquant que même s'il ne travaillait pas, il avait le droit de pouvoir se déplacer en transports publics. Un forfait communication de 230 fr. 30 (130 fr. 30 de forfait téléphone mobile et 100 fr. de téléphone fixe) a quant à lui été comptabilisé uniquement pour la période II.

#### **E. 9.2.3**

En tant que la recourante se contente d'alléguer que ces frais ne serviraient pas à l'acquisition d'un revenu, elle ne discute pas l'arrêt cantonal conformément aux réquisits légaux (cf. supra consid. 3.2; art. 106 al. 2 LTF), qui a précisément rejeté son grief en appel, estimant que l'intéressé avait néanmoins le droit de pouvoir se déplacer en transports publics. S'agissant des frais de télécommunications, la jurisprudence qui mentionne un forfait pour ce poste dans le minimum vital du droit de la famille ne le subordonne nullement à l'exercice d'une activité professionnelle (ATF 147 III 265 précité consid. 7.2). Sa critique est donc infondée.

### **E. 9.3**

La recourante soutient ensuite que la prime d'assurance-maladie complémentaire de 113 fr. aurait arbitrairement été intégrée dans le minimum vital LP de l'intimé. Or, il n'en est rien; conformément à la jurisprudence (ATF 147 III 265 précité consid. 7.2), les juges cantonaux n'ont comptabilisé cette charge que pour la période II, à savoir lorsque le minimum vital était élargi.

### **E. 9.4**

La recourante s'en prend ensuite au montant des frais médicaux non remboursés par l'assurance-maladie comptabilisé dans ses charges.

#### **E. 9.4.1**

Elle conteste le montant de 392 fr. par mois retenu par l'autorité cantonale, soutenant que rien ne les autorisait à réduire ce poste, ses frais s'élevant à 700 fr. par mois. S'appuyant sur la pièce 194 produite en appel et les pièces 1 à 10 produites devant la cour de céans, elle invoque des problèmes de santé ayant entraîné une incapacité de travail.

#### **E. 9.4.2**

Le montant de 392 fr. comptabilisé par les juges cantonaux dans le minimum vital de la recourante pour les périodes I et II résulte d'une moyenne mensuelle des frais générés en 2020 et 2021. L'autorité cantonale a considéré que c'était à juste titre que le tribunal de première instance avait procédé de la sorte, dès lors que l'année 2021 avait été exceptionnelle en terme de coûts (1'313 fr. 25 en 2020 vs 8'096 fr. 20 en 2021), l'intéressée ayant été traitée pour un cancer.

#### **E. 9.4.3**

La recourante n'expose nullement en quoi la moyenne réalisée par l'autorité cantonale - qui est un procédé permettant de relativiser une année particulièrement coûteuse - serait arbitraire (cf. supra consid. 3.2; art. 106 al. 2 LTF ). Elle se borne en effet à opposer des pièces, pour la plupart déclarées irrecevables (cf. supra consid. 3.3 pour les pièces 1 à 10), à l'appréciation cantonale. Il n'y a ainsi pas lieu d'entrer en matière sur le grief.

#### **E. 9.5**

Enfin, on peine à comprendre en quoi l'autorité précédente aurait, en lien avec l'établissement de certaines des charges de l'intimé et de l'enfant, procédé à une application arbitraire des art. 4, 176 al. 1 ch. 1 et al. 3, 276 et 285 CC et violé l' art. 29 Cst. ainsi que le prétend la recourante, ce d'autant qu'elle n'explique pas sa critique. Elle se contente en effet là encore de citer les dispositions dans le titre de son grief, ce qui est irrecevable ( art. 42 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 3.1).

#### **E. 10**

Enfin, en tant que la recourante se prévaut de l'application arbitraire des art. 4, 8, 163 et 173 CC et de la violation de l' art. 29 Cst. dès lors que l'intimé n'aurait pas été condamné à lui verser une contribution d'entretien avec effet rétroactif au 30 novembre 2019, sa critique est également irrecevable, celle-ci s'appuyant sur des éléments qui ont tous déjà été rejetés.

#### **E. 11**

En définitive, les causes 5A\_257/2023 et 5A\_278/2023 sont jointes. Les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr. pour chacun des recours, sont mis à la charge des parties qui succombent ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'octroyer une indemnité de dépens à l'intimée qui a conclu à l'admission de la requête d'effet suspensif déposée par le recourant et qui n'a pas été invitée à se déterminer sur le fond (5A\_257/2023). Le même sort doit être réservé pour la requête d'effet suspensif déposée par la recourante et partiellement admise (5A\_278/2023), en tant que l'intimé a conclu à son rejet ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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