

# **BGer 5A 403/2016 vom 24. Februar 2017**

Bundesgericht, 2017-02-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_403\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_403_2016)

FR: TF 5A 403/2016 du 24 février 2017

IT: TF 5A 403/2016 del 24 febbraio 2017

## **Regeste**

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

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt attaqué, qui porte sur la modification de mesures protectrices de l'union conjugale, est une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4), rendue par une juridiction cantonale de dernière instance ayant statué sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ). Le litige est de nature pécuniaire et la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a, 51 al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). La recourante, qui a été déboutée de ses conclusions par l'autorité précédente, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ). Son mandataire a produit une procuration justifiant de ses pouvoirs, étant rappelé que si celle-ci avait fait défaut, le Tribunal fédéral n'aurait pas - comme le soutient l'intimé - déclaré d'emblée le recours irrecevable, mais aurait imparti un délai approprié à la recourante pour remédier à cette irrégularité, conformément à l' art. 42 al. 5 LTF . Déposé dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 al. 1 LTF ) prévus par la loi, le recours est donc en principe recevable.

### **E. 2.1**

Dès lors que la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles, seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels ( art. 98 LTF ). Le Tribunal fédéral n'examine la violation de ces droits que si ce moyen est invoqué et motivé par le recourant (principe d'allégation; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3 et les références). 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 136 II 489 consid. 2.8). Par ailleurs, s'agissant de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ), la jurisprudence admet ce grief uniquement si la décision attaquée 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 142 II 369 consid. 4.3 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 ). 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. 2.1). Le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires ( art. 9 Cst. ) et ont une influence sur le résultat de la décision ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références). Le recourant 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. Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références; 133 II 249 consid. 1.4.3).

### **E. 3.1**

Une fois que des mesures protectrices ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l' art. 179 CC . Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1 ère phrase, CC, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Selon la jurisprudence, la modification des mesures protectrices ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt 5A\_426/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 et la référence). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes; pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (arrêts 5A\_426/2016 précité consid. 3.1; 5A\_138/2015 du 1er avril 2015 consid. 3.1), car la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles ( ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; 131 III 189 consid. 2.7.4; 120 II 177 consid. 3a).

### **E. 3.2**

En substance, la cour cantonale a constaté que les conditions de l' art. 179 CC étaient certes réalisées et justifiaient un réexamen de la contribution d'entretien, mais que la situation financière des deux époux s'était améliorée de manière presque égale (1'108 fr. 20 pour la recourante et 1'165 fr. pour l'intimé), en sorte que la différence de 56 fr. 80 n'était pas suffisante pour justifier une modification de la pension. L'intimé soutient que " des circonstances véritablement nouvelles n'existaient pas ", contestant - pour autant qu'on puisse le comprendre - le réexamen de la contribution d'entretien dans son principe. Au vu des éléments retenus dans la décision querellée à l'appui de ce réexamen, à savoir le concubinage de chacun des époux et le chômage de la recourante, la cour cantonale pouvait sans arbitraire considérer que de nouveaux éléments essentiels et durables justifiaient de réexaminer les contributions d'entretien en faveur de l'épouse et de l'enfant. Partant, la

critique de l'époux est infondée.

#### **E. 4**

La recourante soutient que la cour cantonale a violé son droit d'être entendue ( art. 29 al. 2 Cst. ) et enfreint le principe de l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) en refusant d'examiner si l'intimé disposait de revenus accessoires, alors que ces éléments avaient été régulièrement allégués et qu'ils étaient pertinents pour le sort de la cause.

#### **E. 4.1**

La cour cantonale a retenu que l'époux - qui avait seul fait appel - n'avait pas contesté le fait qu'il ne réalisait aucun revenu issu d'une activité extra-professionnelle. Les arguments avancés par l'épouse à ce sujet dans son mémoire de réponse, à savoir que ces activités procuraient à l'époux un gain d'au moins 37'000 fr., n'avaient donc aucun lien avec les griefs du mémoire d'appel, de sorte qu'ils ne pouvaient être pris en considération. Il en aurait été autrement si l'épouse avait déposé un appel joint, ce qu'elle n'avait pas fait.

#### **E. 4.2.1**

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , comprend notamment le droit de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à des offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références). Lorsque des prétentions du droit civil fédéral sont en jeu, le droit à la preuve déduit du droit d'être entendu est rattaché plus spécifiquement à l' art. 8 CC (arrêt 4A\_487/2016 du 1er février 2017 consid. 2.2). Ni l' art. 29 al. 2 Cst. , ni l' art. 8 CC n'excluent une appréciation anticipée des preuves ( ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Le juge peut ainsi refuser une mesure probatoire lorsque celle-ci ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves déjà administrées, qu'il tient pour acquis. Un tel refus ne peut être remis en cause devant le Tribunal fédéral qu'en invoquant l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'appréciation des preuves ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 138 III 374 consid. 4.3.2).

#### **E. 4.2.2**

En l'espèce, la cour cantonale n'a pas procédé à une appréciation anticipée des preuves, mais a refusé d'examiner les arguments de l'épouse pour des motifs procéduraux. Dans ces circonstances, il convient d'examiner la critique de la recourante sous l'angle du droit d'être entendu. Il ressort de l'arrêt attaqué que la recourante a fait valoir, tant en première qu'en deuxième instance, que l'intimé retirait des revenus de son commerce de véhicules à destination de l'Afrique et de ses activités d'administration de sites internet pour des tiers. Les contributions d'entretien en faveur de l'épouse et de l'enfant étant calculées selon la méthode - non contestée par les parties - du minimum vital avec répartition de l'excédent, le point de savoir si l'intimé dispose de revenus accessoires apparaît pertinent pour l'issue du litige. La cour cantonale a dès lors à tort renoncé à examiner le bien-fondé des arguments de la recourante en lien avec cette question, étant précisé que l'épouse était en droit, dans sa réponse à l'appel, de critiquer les considérants et constats de la décision de première instance qui pouvaient lui être défavorables si l'autorité d'appel jugeait la cause différemment du premier juge (arrêt 4A\_258/2015 du 21 octobre 2015 consid. 2.4.2 et les références). Pour le surplus, on rappellera que si l'épouse avait déposé un appel joint - comme le suggère la cour cantonale -, celui-ci aurait été irrecevable, s'agissant en l'espèce d'une procédure de modification de mesures protectrices de l'union conjugale, soumise à la

procédure sommaire devant les instances cantonales ( art. 314 al. 2 CPC en lien avec l' art. 271 CPC ). Au vu de ce qui précède, la critique de la recourante apparaît fondée. Il convient de renvoyer la cause à l'autorité cantonale (art. 107 al. 2LTF), afin qu'elle examine les arguments de la recourante concernant les revenus accessoires de l'intimé et, le cas échéant, modifie la pension en conséquence.

## **E. 5**

S'agissant du refus de la juridiction précédente de prendre en compte les frais de logement de l'épouse dans le calcul de ses charges, la recourante fait grief à l'autorité cantonale d'avoir apprécié les preuves et constaté les faits de manière insoutenable et d'avoir arbitrairement " appliqué la jurisprudence " ainsi que les art. 58 al. 2, 272 et 296 CPC .

### **E. 5.1**

Il ressort des constatations de l'arrêt querellé que depuis le 1 er mai 2014, la recourante loue un appartement de 3.5 pièces à V. \_\_\_\_\_, pour un loyer de 1'761 fr., charges comprises. Elle sous-loue cet appartement depuis le 1 er avril 2015, date à laquelle elle a déménagé chez E. \_\_\_\_\_. Selon le contrat de bail produit en première instance, celui-ci louerait à la recourante le rez-de-chaussée de la villa qu'il occupe également, pour un loyer de 1'800 fr. par mois, charges comprises. Selon les extraits bancaires produits, la recourante verse à E. \_\_\_\_\_ le montant de 1'800 fr. depuis le mois de septembre 2015. Selon l'attestation du contrôle des habitants datée du 22 décembre 2015, la recourante est domiciliée chez E. \_\_\_\_\_ depuis le 1 er avril 2015. Dans une lettre du 30 décembre 2015, E. \_\_\_\_\_ a déclaré qu'il était propriétaire pour moitié, avec son ex-épouse, de la maison de U. \_\_\_\_\_ et qu'il en assumait la totalité des charges jusqu'à ce que celle-ci soit vendue. La cour cantonale a retenu que l'épouse ayant finalement admis vivre en concubinage avec E. \_\_\_\_\_, il n'y avait pas lieu de procéder à une visite locale pour éclaircir ce fait, comme le sollicitait l'époux. Toutefois, la recourante n'avait produit aucune pièce permettant de connaître le montant des charges hypothécaires et de l'amortissement de la villa de E. \_\_\_\_\_. Le contrat de bail et les virements de 1'800 fr. effectués sur le compte de son concubin depuis le mois de septembre 2015 seulement ne lui étaient d'aucun secours, puisqu'elle n'avait en réalité jamais été la locataire de E. \_\_\_\_\_, contrairement à ce qu'elle avait prétendu durant la procédure de première instance. Il y avait dès lors lieu de retenir que la recourante avait procédé à quelques versements bancaires en faveur de son concubin pour les besoins de la procédure. Aucun montant ne devait donc être retenu dans ses charges mensuelles à titre de frais de logement. Cette solution s'imposait d'autant plus qu'au jour de la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, la recourante était encore au chômage, percevant des indemnités moyennes d'environ 3'500 fr., et que son concubin réalisait un salaire mensuel net confortable d'environ 11'350 fr.

#### **E. 5.2.1**

La recourante soutient tout d'abord que l'autorité précédente aurait arbitrairement apprécié les preuves et constaté les faits. En substance, il serait selon elle insoutenable de retenir qu'elle avait " finalement " admis vivre en concubinage, dès lors qu'elle avait déjà fait état de sa situation dans sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Il en serait de même de la constatation selon laquelle E. \_\_\_\_\_ est le propriétaire exclusif de la villa qu'il occupe avec la recourante. La juridiction précédente aurait également arbitrairement qualifié la situation patrimoniale de E. \_\_\_\_\_ de " confortable " au seul vu de ses revenus. Enfin, il serait arbitraire de nier l'existence d'un bail alors que celui-ci est attesté

par la production du contrat, que les frais de logement sont décomptés dans les charges de la fille au pair, que l'essentiel des versements des loyers est démontré par les virements bancaires et que le concubin atteste du paiement de ces charges.

#### **E. 5.2.2**

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante est domiciliée chez son concubin depuis le 1<sup>er</sup> avril 2015, mais qu'elle n'a procédé à des versements en sa faveur qu'à partir du mois de septembre 2015, et que le salaire mensuel net du concubin se monte à 11'350 fr. alors que les revenus de la recourante sont d'environ 3'500 fr. par mois. Sur cette base, la cour cantonale a estimé que l'épouse avait procédé à quelques versements en faveur de son concubin pour les besoins de la cause et n'avait dès lors pas rendu vraisemblable sa charge de loyer. Contrairement à ce que soutient la recourante, le raisonnement de la juridiction précédente n'apparaît pas insoutenable, ce d'autant que le montant de 1'800 fr. que l'épouse allègue payer à son concubin est élevé au regard de ses revenus et correspond, à quelques francs près, au loyer de son ancien appartement, qui s'élevait à 1'761 fr. Les autres critiques de la recourante - dont certaines sont au demeurant appellatoires ou purement théoriques (cf. supra consid. 2.1 et 2.2) - ne sont pas propres à remettre en cause cette conclusion, dès lors qu'elles ne démontrent pas le paiement effectif du loyer allégué. Au vu de ce qui précède, le grief est infondé.

#### **E. 5.3.1**

La recourante reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir arbitrairement violé la maxime inquisitoire ( art. 58 al. 2, 272 et 296 CPC ). Selon elle, la juridiction précédente aurait dû l'interpeller au sujet des charges hypothécaires de la villa et procéder elle-même à des investigations sur ce point, dès lors qu'elle a " laissé entendre " que cette question était pertinente pour la prise en compte des frais de logement de l'épouse.

#### **E. 5.3.2**

En tant que la recourante se réfère à l' art. 58 al. 2 CPC , qui a trait à la maxime d'office et non à la maxime inquisitoire, sa critique est d'emblée dénuée de pertinence. Pour le surplus, le principe de la maxime inquisitoire - sociale ( art. 272 CPC ) ou illimitée ( art. 296 al. 1 CPC ) - n'interdit pas au juge de procéder à une appréciation anticipée des preuves déjà recueillies pour évaluer la nécessité d'en administrer d'autres ( ATF 130 III 734 consid. 2.2.3; arrêt 5A\_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 4.1). Sur la base des preuves recueillies, la cour cantonale a retenu que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable le paiement effectif de frais de logement au concubin (cf. supra consid. 5.2.2). Elle pouvait dès lors sans arbitraire renoncer à l'administration d'autres preuves en lien avec cette question.

#### **E. 5.4.1**

La recourante soutient enfin que la cour cantonale aurait " appliqué la jurisprudence de manière arbitraire ". En refusant de prendre en compte sa charge de loyer de 1'800 fr., la juridiction précédente aurait matériellement créé une nouvelle catégorie de concubinage dans laquelle on " combine les exigences pour reconnaître l'exigence (sic; recte: existence) d'une communauté dite " simple " avec les conséquences de droit d'un concubinage qualifié, soit la prise en charge intégral (sic) du différentiel entre les revenus et les charges du concubin par son partenaire " .

#### **E. 5.4.2**

Lorsque l'époux créancier vit en concubinage avec un nouveau partenaire, il y a lieu d'examiner si, dans le cas concret, il est soutenu financièrement par cette personne. Le cas échéant, il conviendra de tenir compte des prestations réellement fournies par le concubin. La prise en considération du soutien économique momentané par le nouveau partenaire est justifiée dans le cadre de mesures provisionnelles dès lors que - contrairement à ce qui prévaut en matière d'entretien après divorce ( art. 129 CC ) - l'entretien des époux peut aisément être adapté aux circonstances ( ATF 138 III 97 consid. 2.3.1 et les références). S'il n'y a aucun soutien financier, ou si les prestations fournies par le concubin ne peuvent être prouvées, il peut toutefois exister ce que l'on appelle une (simple) "communauté de toit et de table", qui entraîne des économies pour chacun des concubins. Ce qui est déterminant, ce n'est pas la durée du concubinage, mais l'avantage économique qui en découle ( ATF 138 III 97 consid. 2.3.2). Enfin, dans l'hypothèse où l'époux a construit avec son nouveau partenaire une communauté de vie si étroite que celui-ci est prêt à lui apporter une assistance et un soutien financier semblables à ceux qui existent entre époux, comme l'exige l'art. 159 al. 3 CC , il n'est pas arbitraire de considérer que la contribution d'entretien due à cet époux peut être supprimée. Pour apprécier la qualité d'une communauté de vie, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances de la vie commune ( ATF 138 III 97 consid. 2.3.3; arrêt 5A\_620/2013 du 17 janvier 2014 consid. 5.2.1).

### **E. 5.4.3**

Pour autant qu'elle soit suffisamment motivée (cf. supra consid. 2.1), la critique de la recourante est infondée. En effet, il n'apparaît en l'occurrence pas insoutenable de ne pas avoir tenu compte des frais de logement, dès lors que ces frais doivent être effectivement acquittés pour être pris en considération dans le calcul des charges des époux, menant à celui de la contribution d'entretien (arrêt 5A\_767/2016 du 30 janvier 2017 consid. 3.3.1 et les références), ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf. supra consid. 5.2.2). Pour le surplus, on ne discerne pas en quoi la décision de l'autorité cantonale créerait une nouvelle catégorie de concubinage, au vu des principes jurisprudentiels susmentionnés (cf. supra consid. 5.4.2).

### **E. 6**

En conclusion, le recours est partiellement admis dans la mesure de sa recevabilité, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr., sont mis pour moitié à charge de chacune des parties, qui ont toutes deux obtenu partiellement gain de cause ( art. 66 al. 1 LTF ). Les dépens sont compensés ( art. 68 al. 1 LTF ). Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale ( art. 67 et 68 al. 5 LTF ).

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