

# BGer 5A 539/2019 vom 14. November 2019

Bundesgericht, 2019-11-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_539\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_539_2019)

FR: TF 5A 539/2019 du 14 novembre 2019

IT: TF 5A 539/2019 del 14 novembre 2019

## Regeste

mesures provisionnelles (divorce) | Droit de la famille

## Erwägungen

### E. 1

Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), le recours est dirigé 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 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature pécuniaire. Contrairement à ce que semble croire la recourante, ce n'est pas le montant qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral ni ce que l'autorité cantonale a décidé mais les conclusions litigieuses devant cette autorité qui sont déterminantes pour juger si la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ) requise pour le recours en matière civile est atteinte ( art. 51 al. 1 let. a LTF ; arrêt 4A\_111/2019 du 23 juillet 2019 consid. 1.1; FRÉSARD, Commentaire de la LTF, 2ème éd. 2014, n° 18 ad art. 51 LTF ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2ème éd. 2014, n° 20 ad art. 74 LTF ). Or en l'espèce, ces conclusions atteignaient une valeur suffisante, ce qui ouvre la voie du recours en matière civile à l'exclusion du recours constitutionnel subsidiaire, lequel est irrecevable ( art. 113 LTF ). La question de savoir quel est le type de recours ouvert dans le cas présent est toutefois dépourvue de conséquences. En effet, le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire connaissent une limitation identique des griefs pouvant être invoqués contre une décision de mesures provisionnelles (cf. infra consid. 2.1; arrêt 5A\_478/2017 du 7 juin 2018 consid. 1.1). Pour le surplus, la recourante a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### E. 2.1

La décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5.1), en sorte que 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 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 145 I 26 consid. 1.3; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence).

### 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 façon manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). 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 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 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). 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. ( 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). En l'espèce, la partie " En fait " du recours sera ignorée faute pour la recourante d'avoir respecté les exigences accrues de motivation susrappelées. Elle se borne en effet à alléguer, de manière appellatoire, toute une série de faits que le Juge délégué aurait ignoré, respectivement omis de constater.

### **E. 3**

La recourante se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans la constatation des faits ainsi que dans l'application des principes jurisprudentiels relatifs au dies a quo d'une modification de la contribution d'entretien fixée sur mesures protectrices de l'union conjugale. Elle fait en outre grief au Juge délégué d'avoir " clairement " abusé de son pouvoir d'appréciation. Elle considère en substance que sa situation financière précaire aurait dû conduire le Juge délégué à renoncer à fixer le dies a quo de la modification de la contribution d'entretien rétroactivement au jour du dépôt de la requête de l'intimé.

#### **E. 3.1**

Le Juge délégué a relevé que la requête de mesures provisionnelles avait été adressée au premier juge le 13 juillet 2018. Le déménagement de C.\_\_\_\_\_ et de D.\_\_\_\_\_ chez leur père, soit le fait nouveau ayant entraîné la modification du régime prévu par la convention du 20 juillet 2016, remontait à la fin de l'année 2017. Il se justifiait donc de modifier le montant des contributions d'entretien à compter du 1er juillet 2018, soit au premier jour du mois le plus proche du dépôt de la requête, et non du 1er novembre 2018 comme retenu par le premier juge. Pour la période du 1er juillet au 31 octobre 2018, le budget de la recourante présentait un manco de 4'101 fr. Nonobstant le déficit qu'il subissait, il convenait, compte tenu des circonstances, de condamner l'époux à payer pour la période considérée une contribution d'entretien en faveur de l'épouse arrêtée audit montant de 4'101 fr. Pour les mois de novembre 2018 à janvier 2019, mars 2019, février et avril 2019, mai et juin 2019, le budget de la recourante présentait également un manco de, respectivement, 4'716 fr., 3'866 fr., 5'316 fr., et 3'266 fr. La contribution d'entretien serait fixée à 4'300 fr. pour la période du 1er novembre 2018 au 28 février 2019 conformément aux conclusions de l'épouse, 3'866 fr. pour la période du 1er au 31 mars 2019, 4'300 fr. du 1er au 30 avril 2019 et 3'443 fr. du 1er mai au 30 juin 2019. A compter du 1er juillet 2019, le budget de la recourante présenterait un déficit de 4'059 fr. 15. La contribution d'entretien devait être arrêtée à 4'300 fr. nonobstant le disponible de 2'862 fr. 20 de l'intimé après couverture du manco de l'épouse, une contribution d'entretien supérieure ne pouvant pas être fixée au vu des conclusions de l'appel. Le Juge délégué a ensuite constaté que du

1er juillet 2018 au 31 mai 2019, l'époux s'était acquitté de son obligation d'entretien envers l'épouse par le biais de divers versements, notamment par le paiement direct de son loyer, de l'assurance de son véhicule et de sa garantie de loyer, à hauteur d'un montant total de 65'801 fr. ([6'500 fr. x 4 mois {juillet, août, septembre et novembre 2018}] + [6'460 fr. {octobre 2018}] + [6'602 fr. {décembre 2018}] + [9'564 fr. {janvier 2019}] + [5'025 fr. x 2 mois {février et avril 2019}] + [3'575 fr. {mars 2019}] + [3'550 fr. {mai 2019}]). Il n'y avait pas lieu de tenir compte d'amendes payées par l'époux, ni de factures acquittées avant le mois de juillet 2018, en particulier l'assurance-véhicule en janvier 2018, ces paiements n'étant pas destinés à l'entretien de l'épouse pour la période concernée. Pour la période du 1er juillet 2018 au 31 mai 2019 et compte tenu des montants arrêtés ci-dessus, le Juge délégué a retenu que l'époux aurait dû s'acquitter d'un montant de 45'392 fr. ([4'101 fr. x 4 mois] + [4'300 fr. x 5 mois] + [3'866 fr. x 1 mois] + [3'443 fr. x 1 mois]) pour l'entretien de son épouse, respectivement d'un montant de 2'745 fr. (915 fr. x 3 mois) pour l'entretien de E. \_\_\_\_\_, ce qui donnait un total de 47'958 fr. Le trop-perçu par l'épouse pour la période du 1er juillet 2018 au 31 mai 2019 s'élevait ainsi à 17'843 fr. (65'801 fr. - 47'958 fr.). Nonobstant les sommes payées en trop par l'époux, celui-ci n'était pas autorisé à compenser les pensions courantes avec ce trop-payé, conformément à la règle de l' art. 125 ch. 2 CO .

### **E. 3.2**

La recourante reproche au Juge délégué de s'être écarté de la solution retenue par le premier juge, qui avait fait partir la modification de la contribution d'entretien à compter du 1er novembre 2018 au vu des circonstances particulières de l'espèce. Elle lui fait ainsi grief de s'en être tenu au principe général selon lequel la modification des mesures provisionnelles prend effet au moment du dépôt de la requête, soit en l'espèce en juillet 2018. Ce faisant, il avait uniquement pris en compte le déménagement des deux enfants aînés chez leur père et avait occulté sa situation financière précaire et son incapacité de rembourser, lesquelles auraient pourtant dû le conduire, pour des raisons manifestes d'équité, à renoncer à " calculer " la modification de la contribution d'entretien de façon rétroactive. Le Tribunal fédéral avait rappelé à plusieurs reprises que, selon les circonstances, il était possible de retenir une date ultérieure, par exemple le jour du jugement, notamment lorsque la restitution des contributions accordées et utilisées pendant la durée du procès ne pouvait équitablement être exigée. L'autorité précédente ne pouvait se dispenser d'effectuer un tel examen, sous peine d'arbitraire. Il ressortait en outre de la jurisprudence que la règle générale consistant à faire partir la modification de la contribution d'entretien au moment du dépôt de la requête visait à éviter un abus du crédientier qui ne se trouvait plus dans une situation de dénuement et qui profiterait ainsi de façon indue d'une contribution d'entretien. Tel n'était manifestement pas le cas en l'espèce: elle n'avait en aucune manière abusé d'une contribution d'entretien du reste inférieure à ce que les mesures protectrices de l'union conjugale prévoyaient; de plus, elle avait continué à se trouver dans le dénuement et s'y trouvait toujours malgré les contributions d'entretien reçues, qui avaient d'ailleurs fait l'objet de compensations unilatéralement décidées et opérées par l'intimé. Dans ces circonstances, elle pouvait à bon droit considérer qu'elle ne serait pas tenue à restitution, l'intimé n'ayant pas requis la modification " judiciaire et formelle " desdites mesures, malgré le fait que les enfants avaient déménagé en 2017. La recourante relève en outre que, faute de conclusion dans ce sens prise par l'intimé, le Juge délégué ne l'avait pas condamnée à rembourser le trop-perçu mais avait uniquement constaté celui-ci. Cela n'empêchait toutefois pas l'intimé de se prévaloir de ce constat dans le cadre d'une poursuite ultérieure ou d'opposer en compensation la créance en découlant dans le cadre de la procédure de divorce avec d'autres

sommes que les pensions courantes dont il serait redevable envers elle, notamment avec l'avoir de prévoyance professionnelle lui revenant. La recourante juge cette situation inadmissible et inéquitable, dès lors qu'elle se trouve toujours dans une situation précaire et qu'elle n'a nullement l'assurance de retrouver une situation professionnelle lui permettant de se constituer une prévoyance professionnelle.

### **E. 3.3**

De jurisprudence constante, la décision de modification des mesures protectrices ou provisoires ne déploie en principe ses effets que pour le futur, l'ancienne réglementation restant valable jusqu'à l'entrée en force formelle du nouveau prononcé. En matière de contributions d'entretien, la modification peut aussi prendre effet - au plus tôt - au moment du dépôt de la requête (ou à une date ultérieure), l'octroi d'un tel effet rétroactif relevant toutefois de l'appréciation du juge ( ATF 111 II 103 consid. 4; arrêts 5A\_685/2018 du 15 mai 2019 consid. 5.3.4.1; 5A\_831/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.3.1; 5A\_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 5.2.3; 5A\_274/2015 du 25 août 2015 consid. 3.5 non publié in ATF 141 III 376 ; 5A\_501/2015 du 12 janvier 2016 consid. 4.1). Lorsque le motif pour lequel la modification d'une contribution d'entretien est demandée se trouve déjà réalisé au moment du dépôt de la requête, il ne se justifie normalement pas, du point de vue de l'équité, de faire remonter l'effet de la modification à un autre moment (ultérieur), le créancier de la contribution d'entretien devant tenir compte d'un risque de réduction ou de suppression de la rente dès l'ouverture de la procédure. Selon les circonstances, le juge peut toutefois retenir, même dans ce cas, une date postérieure au dépôt de la requête, notamment lorsque la restitution des contributions accordées et utilisées pendant la durée de la procédure ne peut équitablement être exigée (arrêts 5A\_685/2018 précité consid. 5.3.4.1; 5A\_831/2016 précité consid. 4.3.1; 5A\_501/2015 précité consid. 4.2 et les références). Cette dernière situation suppose que le créancier, sur la base d'indices objectivement sérieux, ait pu compter pendant la durée de la procédure avec le maintien du jugement d'origine; il s'agit ainsi d'un régime d'exception (arrêts 5A\_685/2018 précité consid. 5.3.4.1; 5A\_831/2016 précité consid. 4.3.1). Dès lors que le juge fixe le moment à partir duquel son jugement prend effet selon son appréciation ( art. 4 CC ), le Tribunal fédéral fait preuve de retenue et n'intervient que si la juridiction cantonale s'est écartée sans raison des règles établies par la jurisprudence et la doctrine ou si elle s'est appuyée sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle ou si, au contraire, elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante ( ATF 145 III 49 consid. 3.3; 142 III 336 consid. 5.3.2, 612 consid. 4.5 et les références).

### **E. 3.4**

En l'espèce, il n'est pas contesté ( art. 105 al. 1 LTF ; cf. supra consid. 2.2) que la pension fixée par la convention du 20 juillet 2016 était destinée à couvrir l'entretien de l'épouse et des trois enfants dont elle avait alors la garde, mais que deux d'entre eux ont emménagé chez leur père à la fin de l'année 2017 et qu'une garde alternée a été instaurée par les parties sur le troisième jusqu'au mois de novembre 2018. Dans ces circonstances, la recourante devait s'attendre, dès le dépôt de la requête de l'intimé, à ce que la pension - initialement prévue pour elle et ses trois enfants - soit revue à la baisse. Le fait que l'époux n'ait pas demandé la modification des mesures protectrices immédiatement après le changement de prise en charge des enfants n'y change rien. Partant, en retenant la date utile la plus proche

du dépôt de la requête de l'intimé, le Juge délégué n'a pas enfreint le pouvoir d'appréciation dont il dispose en la matière. Par ailleurs, il faut relever que le trop-perçu calculé par le Juge délégué ne porte pas uniquement sur la période du 1<sup>er</sup> juillet 2018 au 31 octobre 2018, mais également sur la période du 1<sup>er</sup> novembre 2018 au 31 mai 2019, période pour laquelle la recourante - qui n'a pas contesté en appel le dies a quo fixé au 1<sup>er</sup> novembre 2018 par le premier juge - a elle-même réduit ses prétentions à 4'300 fr. par mois. Pour le reste, sauf à affirmer péremptoirement qu'elle " n'a jamais pu approuv[er] valablement la compensation auquel l'intimé a procédé ", la recourante ne conteste pas la quotité des montants payés par l'intimé au titre de son obligation d'entretien durant la période déterminante, ce qui laisse intact le montant du trop-perçu tel qu'arrêté par le Juge délégué ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1 et 2.2). Autant que recevable, le grief, mal fondé, doit être rejeté.

#### **E. 4**

En définitive, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable et le recours en matière civile est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Faute de chances de succès du recours, la requête d'assistance judiciaire formée par la recourante ne saurait être agréée ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont donc mis à sa charge, dès lors qu'elle succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à répondre ( art. 68 al. 1 LTF ).

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