

# **BGer 5A\_544/2014 vom 17. September 2014**

Bundesgericht, 2014-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_544\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_544_2014)

FR: TF 5A\_544/2014 du 17 septembre 2014

IT: TF 5A\_544/2014 del 17 settembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Contrairement à ce qu'affirme la recourante, elle n'a pas déposé deux recours dans un seul mémoire comme le lui permet l'art. 119 LTF. Elle n'a au contraire formé qu'un seul recours, intitulé à la fois recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire (cf. arrêts 5A\_759/2011 du 16 mars 2012 consid. 1.2; 5A\_690/2011 du 10 janvier 2012 consid. 1.3). A lui seul, l'intitulé erroné d'un recours ne nuit cependant pas à son auteur, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui serait ouvert soient réunies (ATF 134 III 379 consid.1.2).

### **E. 1.2.1**

Le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 ss CC) est une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 394 consid. 4) rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF). Comme le litige porte uniquement sur le montant de la contribution d'entretien, le recours a pour objet une affaire pécuniaire, de sorte que le recours en matière civile est ouvert pour autant que la valeur litigieuse atteigne 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF). Celle-ci est déterminée par les conclusions recevables restées litigieuses devant l'autorité précédente (art. 51 al. 1 let. a LTF) juste avant qu'elle prononce le jugement (cf. arrêts 2C\_233/2009 du 17 juillet 2009 consid. 2.1; 5A\_765/2008 du 29 juin 2009 consid. 1.2.1; 5A\_563/2008 du 4 décembre 2008 consid. 1.1 et les auteurs cités dans cette dernière décision). En principe, peu importe ainsi ce que la juridiction cantonale a ensuite décidé et ce qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral (arrêts 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 1, non publié in ATF 137 III 604; 5A\_500/2009 du 19 novembre 2009 consid. 1; ATF 121 III 214 consid. 1, en application de l'art. 46 de l'ancienne loi d'organisation judiciaire [OJ]). Lorsque les demandes sont faites par voie d'appel principal ou joint, les valeurs respectives sont additionnées, sans égard à ce qu'a adjugé l'autorité cantonale ni à la valeur de la prétention de la partie qui agit devant le Tribunal fédéral. Fait exception le cas dans lequel une demande reconventionnelle est faite par le biais de l'appel joint; dans cette hypothèse, l'art. 53 al. 1 LTF trouve application (arrêt 4A\_629/2009 du 10 août 2010 consid. 1.2). Les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent. Si leur durée est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt [...] (art. 51 al. 4 LTF).

### **E. 1.2.2**

En l'occurrence, devant l'autorité d'appel, la recourante a requis le versement d'une contribution d'entretien mensuelle d'un montant de 4'236 fr. du 1er juin 2013 au 30 novembre 2013, 3'054 fr. du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014 et 2'000 fr. dès le 1er janvier 2015, dont à déduire les sommes déjà versées pour ce mois-là. Quant à l'intimé, il a conclu à la réforme de l'ordonnance de première instance en ce sens qu'il n'est pas tenu de

verser une contribution d'entretien à l'épouse depuis le 1er juin 2013, celle-ci étant en outre tenue de verser, à titre de participation aux honoraires et débours de première instance de son conseil, la somme de 5'000 fr. Compte tenu des principes exposés ci-dessus (cf. supra consid. 1.2.1), la valeur litigieuse dépassait ainsi le seuil de 30'000 fr. (art. 51 al. 4 seconde phrase, 74 al. 1 let. b LTF). Il s'ensuit que le recours en matière civile est ouvert, si bien que le recours constitutionnel subsidiaire ne l'est pas ( art. 113 LTF ). L'acte déposé par la recourante sera donc traité comme un recours en matière civile.

### **E. 1.3**

Interjeté dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, contre une décision prise sur recours par un tribunal supérieur statuant en dernière instance ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), par une partie ayant qualité pour recourir ( art. 76 LTF ), le recours en matière civile est en principe recevable.

### **E. 2.1**

Le fait que le recours soit traité comme un recours en matière civile, est non comme un recours constitutionnel subsidiaire, ne change rien à la cognition de la cour de céans, dès lors que les mesures protectrices de l'union conjugale sont considérées comme des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5), partant que seule la violation des droits constitutionnels peut être soulevée.

### **E. 2.2**

Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux - notion qui englobe les droits constitutionnels ( ATF 133 III 638 consid. 2) - que si un tel moyen a été invoqué et motivé par le recourant, à savoir exposé de manière claire et détaillée («principe d'allégation»; ATF 139 I 229 consid. 2.2; 134 II 244 consid. 2.2 et 349 consid. 3 et les références). La partie recourante 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; 133 III 393 consid. 6). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 139 II 404 consid. 10.1; 133 III 589 consid. 2).

### **E. 3**

Bien que les parties soient de nationalité italienne, respectivement espagnole, les tribunaux suisses sont compétents ( art. 46 LDIP ) et le droit suisse est applicable ( art. 48 al. 1 et 49 LDIP ; art. 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires [RS 0.211.213.01]). Ces points ne sont pas contestés.

### **E. 4**

La recourante se plaint d'une application arbitraire des art. 163 et 176 al. 1 ch. 1 CC . Elle reproche à l'autorité cantonale d'avoir déterminé le revenu de l'intimé sur la base du bénéfice net moyen réalisé par l'entreprise de celui-ci en 2010, 2011 et 2012, au lieu de considérer exclusivement le bénéfice de la dernière année, comme l'exigerait selon elle la jurisprudence en cas d'augmentation (ou de diminution) constante des revenus.

### **E. 4.1**

Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années (dans la règle, les trois dernières). Ce n'est que lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante que le gain de l'année

précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés (arrêt 5P.342/2001 du 20 décembre 2001 consid. 3a et les références; parmi plusieurs: arrêts 5A\_973/2013 du 9 mai 2014 consid. 5.2.3; 5A\_203/2009 du 27 août 2009 consid. 2.4, publié in FamPra.ch 2009 p. 1064 et les références). Lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que les pièces produites ne sont pas convaincantes - par exemple lorsque les comptes de résultat manquent -, les prélèvements privés constituent un indice permettant de déterminer le train de vie de l'intéressé, cet élément pouvant alors servir de référence pour fixer la contribution due. La détermination du revenu d'un indépendant peut en conséquence se faire en référence soit au bénéfice net, soit aux prélèvements privés, ces deux critères étant toutefois exclusifs l'un de l'autre (arrêts 5A\_396/2013 du 26 février 2014 consid. 3.2.3; 5A\_259/2012 du 14 novembre 2012 consid. 4).

#### **E. 4.2**

L'arrêt attaqué retient que le mari exploite un garage en raison individuelle et que son bénéfice net s'est élevé à 19'286 fr. 70 en 2010, à 38'937 fr. 35 en 2011 et à 46'255 fr. 50 en 2012. Selon la Juge déléguée, sa comptabilité a été établie par une fiduciaire et l'examen

prima facie de celle-ci ne laisse pas transparaître d'incohérence manifeste; par ailleurs, on ne pouvait cumuler les prélèvements effectués à titre personnel par l'intéressé et le bénéfice net perçu, ni tenir compte des revenus locatifs des immeubles qui avaient été intégrés dans la comptabilité du garage. En outre, il n'existait pas de disproportion entre le train de vie du mari et le résultat de son entreprise. Cette magistrate a dès lors considéré que le revenu de celui-ci devait être déterminé en fonction de son bénéfice annuel moyen pour les trois dernières années et qu'il pouvait être estimé à 2'900 fr. par mois ( $(19'286 \text{ fr. } 70 + 38'937 \text{ fr. } 35 + 46'255 \text{ fr. } 50) / 36$ ).

La recourante ne démontre pas que cette opinion serait insoutenable. L'arbitraire prohibé par l' art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour autant que la solution divergente puisse s'appuyer sur des motifs objectifs ( ATF 131 I 57 consid. 2; 117 III 76 consid. 7c; HOHL, Quelques lignes directrices de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation des contributions d'entretien, in Droit de la famille et nouvelle procédure, 2012, p. 99). Il ne suffit par ailleurs pas que la motivation de la décision querellée soit insoutenable; encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire dans son résultat ( ATF 140 III 16 consid. 2.1; 138 III 378 consid. 6.1).

Se référant au dictionnaire «Larousse», la recourante expose que, durant les trois années prises en compte par l'autorité cantonale, les revenus de l'intimé n'ont pas fluctué, mais augmenté. En se méprenant sur une définition «des plus triviales», la Juge déléguée aurait ainsi méconnu un principe clairement établi par la jurisprudence en rapport avec l'application des art. 163 et 176 al. 1 ch. 1 CC , ce qui conduirait à un résultat choquant. Par ces allégations, la recourante n'établit pas encore que l'autorité précédente aurait fait preuve d'arbitraire en se fondant sur la moyenne des années 2010-2012: même si les revenus du

mari ont progressé durant ces trois ans, il n'apparaît pas insoutenable de considérer, à ce stade, qu'il ne s'agit pas là d'une tendance claire et fondée plaidant en faveur d'une augmentation continue de revenus, qui empêcherait de se baser sur une moyenne (cf. arrêts 5A\_203/2009 et 5P.342/2001 précités). Au demeurant, il ressort de l'arrêt entrepris que dans son appel, le mari a fait valoir que son revenu était constitué par le bénéfice moyen de ses exercices 2010-2012: or il n'apparaît pas, et la recourante ne le prétend pas, qu'elle aurait formulé d'objections à ce sujet, en sorte que la recevabilité de sa critique paraît douteuse ( art. 75 al. 1 LTF ; arrêt 5A\_216/2009 du 14 juillet 2009 consid. 3.2).

#### **E. 5**

En conclusion, le recours se révèle mal fondé et doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. La recourante, qui succombe, supportera par conséquent les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Ses conclusions étant d'emblée dénuées de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée ( art. 64 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à répondre.

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