

# **BGer 5A\_584/2016 vom 14. Februar 2017**

Bundesgericht, 2017-02-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_584\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_584_2016)

FR: TF 5A\_584/2016 du 14 février 2017

IT: TF 5A\_584/2016 del 14 febbraio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt attaqué, qui porte sur la modification de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de divorce, est une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2) rendue par un tribunal supérieur statuant sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ) dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ), dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a, 51 al. 4 première phr. et 74 al. 1 let. b LTF). Le recours a été interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 et 46 al. 1 LTF) et en la forme prévue par la loi ( art. 42 LTF ), par une partie qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ( art. 76 al. 1 let. a LTF ) et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 76 al. 1 let. b LTF ).

### **E. 2.1**

Comme la décision entreprise porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5.1, 585 consid. 3.3), 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 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités).

### **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 contraires au droit ou entachées d'une erreur indiscutable, c'est-à-dire arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

### E. 3

Le recours a pour objet la contribution d'entretien en faveur de l'épouse et des enfants, dans le cadre d'une procédure de modification des mesures provisionnelles en matière de divorce.

Il ressort du jugement du 30 octobre 2015, qui avait fixé la pension à 7'200 fr. par mois dès le 1er mai 2015, que le salaire mensuel net de l'époux s'élevait à 14'075 fr. 90 par mois, treizième salaire et prime pour heures supplémentaires compris. Dans l'ordonnance de modification des mesures provisionnelles du 21 avril 2016, le premier juge a considéré qu'au vu de la démission donnée par l'époux pour le 31 juillet 2015, les revenus de celui-ci avaient subi une modification durable et notable, de sorte qu'il y avait lieu d'entrer en matière sur sa requête. Il a relevé qu'au moment où l'époux avait démissionné, aucun certificat médical n'attestait d'une incapacité de travail à temps complet ou pour cet employeur en particulier, et que l'époux n'avait fait état d'aucun problème lié à son activité professionnelle ou à son état de santé dans sa lettre de démission. Il a ajouté que l'époux avait débuté une activité d'indépendant en août 2015 et qu'il était incontestable que dans ces circonstances, il devait nécessairement déployer une force de travail supérieure à 30%, de sorte que l'ensemble des certificats médicaux établis par le Dr. F. \_\_\_\_\_ entre juillet et novembre 2015, attestant d'une capacité de travail de 30% du 1er août 2015 au 29 février 2016, n'emportaient pas sa conviction. S'il n'avait pas démissionné, il aurait pu bénéficier de ses prestations salariales durant un certain temps puis d'éventuelles indemnités d'assurance perte de gain en cas d'incapacité de travail avérée, et s'il ne supportait plus son activité au sein de G. \_\_\_\_\_, il aurait pu demander à être déplacé dans un autre service ou chercher un emploi qui lui convienne mieux avant de démissionner. Le premier juge a ainsi imputé à B.A. \_\_\_\_\_ un revenu hypothétique de 14'075 fr. 90, correspondant à celui qu'il gagnait avant de démissionner.

L'autorité cantonale a confirmé le constat selon lequel l'époux a démissionné de son emploi pour se consacrer à une activité d'indépendant par choix personnel et non pour des motifs de santé. Le certificat établi le 26 octobre 2015 par le Dr. F. \_\_\_\_\_ indiquait certes que le patient était incapable de travailler déjà le 23 juillet 2015. Ce document ayant toutefois été rédigé sept mois après que l'époux a envoyé sa démission, sa valeur probante pouvait être relativisée. En se référant aux autres certificats médicaux produits, on devait retenir que l'époux subissait une incapacité de travail dès le 1er août 2015, soit bien après qu'il a décidé de donner sa démission. Cela démontrait bien qu'il avait choisi et accepté de prendre le risque financier de renoncer à un emploi salarié pour développer une activité indépendante, ce qu'il avait d'ailleurs confirmé à l'audience de mesures provisionnelles du 7 janvier 2016 lorsqu'il avait expliqué avoir déjà eu le projet, trois ans auparavant, de s'installer à son compte. En l'absence de profit réalisé par cette nouvelle société, le premier juge était fondé à lui attribuer un revenu hypothétique calculé sur la base de son dernier salaire. Confirmant qu'il n'était pas vraisemblable que l'époux ne consacre qu'un jour et demi, correspondant aux 30% de la capacité de travail résiduelle attestée par les certificats médicaux produits, à l'activité d'indépendant qu'il a débuté avec sa compagne en août 2015, cela d'autant plus que celle-ci a conservé son emploi à plein temps et ne peut y consacrer qu'un temps réduit, la cour cantonale a considéré qu'on ne pouvait toutefois retenir qu'il bénéficiait d'une pleine et entière capacité de travail et faire totalement abstraction des certificats médicaux produits. S'il fallait admettre que les symptômes dépressifs et anxieux décrits par le Dr F. \_\_\_\_\_ justifiaient une capacité de travail restreinte, certains termes du certificat du 28 avril 2016 excédaient le diagnostic médical, lorsqu'il y est fait référence " au harcèlement administratif

et juridique de l'ex-épouse ". Il fallait donc considérer que les certificats médicaux produits ont une valeur probante relative et qu'une incapacité de travail de 50% est plus exacte. Ce taux correspondait d'ailleurs très vraisemblablement au taux d'activité de 50% déployé par l'époux pour développer sa société. Partant, l'autorité d'appel lui a imputé un revenu hypothétique correspondant à 50% de son dernier salaire, à savoir 7'037 fr. 95. Compte tenu de charges incompressibles s'élevant à 3'995 fr. 35 pour l'époux et d'un découvert de 1'574 fr. 60 pour l'épouse, la contribution d'entretien devait être arrêtée en chiffres ronds à 2'455 fr.

#### **E. 4**

La recourante affirme que l'arrêt attaqué est entaché d'une erreur manifeste au sens de l'art. 105 al. 2 LTF, respectivement que le droit a été appliqué de manière arbitraire au sens de l'art. 9 Cst., en tant qu'il tient compte dans les charges de son époux de montants mensuels de 2'125 fr. à titre de loyer et de 296 fr. pour l'abonnement général. En effet, il ressortirait " du dossier de la cause et du nouveau contrat de bail conclu par B.A. \_\_\_\_\_ et sa compagne que ceux-ci n'habitent plus à U. \_\_\_\_\_ dans un appartement au loyer de fr. 4'250.- partagé par moitié, mais à V. \_\_\_\_\_ dans un logement au loyer de fr. 3'210.- ", de sorte qu'il faudrait prendre en compte dans son minimum vital 1'605 fr. à titre de loyer. Par ailleurs, dès lors que son époux n'aurait plus à se rendre à Genève pour son travail et que ses bureaux se situeraient au même endroit que son domicile actuel, il serait erroné de prendre en considération 296 fr. dans son minimum vital.

Une telle argumentation est irrecevable, puisqu'elle ne répond pas aux exigences de motivation requises (cf. supra consid. 2.2). En effet, la recourante se contente d'indiquer que les faits en question ressortiraient du dossier, sans préciser à quels éléments de celui-ci elle se réfère.

#### **E. 5**

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits ( art. 9 Cst. ) s'agissant du montant du revenu hypothétique qui a été imputé à son époux.

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

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Un conjoint peut toutefois se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. L'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible. Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit; déterminer si cette personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées ainsi que du marché du travail est en revanche une question de fait ( ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2, 118 consid. 3.2; 128 III 4 consid. 4c/bb; 126 III 10 consid. 2b).

S'agissant en particulier de l'obligation d'entretien d'enfants mineurs, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur ( ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt 5A\_874/2014 du 8 mai 2015 consid. 6.2.1 et la

référence). Il s'ensuit que lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien et imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations ( ATF 128 III 4 consid. 4a et les références; arrêt 5A\_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.1). C'est pourquoi on lui accorde généralement un certain délai pour s'organiser à ces fins ( ATF 129 III 417 consid. 2.2; 114 II 13 consid. 5; arrêt 5A\_651/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3.1 et la jurisprudence citée).

Néanmoins, il n'est pas arbitraire de s'écarter de ces principes si une personne renonce volontairement à une partie de ses ressources. Ainsi, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêts 5A\_372/2016 du 18 novembre 2016 consid. 3.1; 5A\_317/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6.2, non publié aux ATF 137 III 614 ; arrêts 5A\_612/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1; 5A\_341/2011 du 20 septembre 2011 consid. 2.5.1). De même, lorsque le crédirentier renonce volontairement à une activité lucrative, alors qu'il travaillait déjà avant la séparation, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la renonciation (arrêt 5A\_848/2010 du 4 avril 2011 consid. 2), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (conditions cumulatives; cf. arrêts 5A\_318/2014 du 24 juin 2014 consid. 3.1.3.2; 5A\_662/2013 du 24 juin 2014 consid. 3.2.1 in fine; 5A\_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1).

## **E. 5.2**

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir établi les faits et apprécié les preuves de manière arbitraire ( art 9 Cst. ), en tant qu'elle a retenu que son époux présentait non pas une capacité de travail totale, mais seulement une capacité de travail de 50%. En outre, même dans l'hypothèse où cette incapacité partielle de travail serait avérée, le revenu hypothétique du mari aurait été calculé de manière insoutenable, puisqu'il faudrait tenir compte du fait que, s'il n'avait pas démissionné, il aurait continué à percevoir la totalité de son salaire: il aurait en effet perçu des indemnités de la part de l'assurance perte de gain, comme l'indique son contrat de travail figurant au dossier, qui renvoie au Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 24 février 1999. Le résultat serait aussi insoutenable, puisqu'il aboutit à une réduction de la contribution d'entretien de 4'745 fr. par mois.

## **E. 5.3**

Comme l'indique à juste titre la recourante, on ne discerne pas pour quelle raison, après avoir exprimé un grand doute sur la valeur probante des certificats médicaux produits, la cour cantonale en déduit que l'époux présente une capacité de travail non pas de 30% - comme l'indiquent lesdits certificats - mais de 50%. Il est insoutenable de retenir un tel fait sans se fonder pour cela sur des éléments objectifs. Le Juge délégué affirme que le taux de

50% correspond " d'ailleurs très vraisemblablement " à celui effectivement déployé par l'époux pour développer sa société. Or, quand bien même l'activité qu'il déploierait correspondrait effectivement à un taux de travail de 50% - ce qui n'est pas établi et ne semble reposer sur aucun élément objectif ressortant du dossier -, cela ne démontrerait pas encore qu'il n'est pas apte à travailler à plein temps. Les éléments présentés par l'épouse dans sa réponse à l'appel permettent d'ailleurs également de s'interroger sur la prétendue incapacité de travail de l'époux: elle souligne avoir produit un document, considéré comme recevable par le Juge délégué, qui permettrait d'attester que la société créée par l'époux et sa compagne est ouverte tous les jours de la semaine, de 8h à 18h. Il ressort en outre de l'arrêt attaqué que la compagne de l'époux a conservé son emploi à plein temps, de sorte qu'elle ne peut consacrer qu'un temps réduit à la société qu'ils ont créée ensemble (cf. consid. 3.3 p. 12 de l'arrêt). Dans sa réponse, l'intimé ne conteste pas ces éléments, pas plus qu'il ne prétend avoir engagé du personnel, se contentant de rappeler que ladite société a réalisé une perte de 2'360 fr. 75 pour la période d'août au 14 décembre 2015, et que les documents qu'il a produits démontreraient que l'activité qu'il déploie pour cette société " ne correspond en rien au taux tel que soutenu par la recourante ". Le Juge délégué ne saurait établir le taux d'incapacité de travail de l'époux sur la base d'une simple impression, au lieu de se fonder sur l'ensemble des éléments concrets ressortant du dossier, notamment les pièces produites, qu'il lui appartenait d'apprécier. S'il estimait que ces éléments ne permettaient pas d'établir les faits, il lui appartenait d'inviter les parties à produire les preuves manquantes, ou de les administrer lui-même ( art. 316 CPC ; art. 272 en lien avec l' art. 276 al. 1 CPC ), ce d'autant qu'en espèce, les faits de la cause devaient être établis d'office en vertu de la maxime inquisitoire illimitée, l'objet du litige étant une contribution d'entretien globale, due non seulement à l'épouse, mais aussi aux enfants ( art. 296 CPC ; arrêt 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3 et les références).

Vu ce qui précède, l'appréciation des preuves telle qu'effectuée par l'autorité cantonale pour établir le taux d'incapacité de travail de l'époux et, sur cette base, son salaire déterminant pour fixer la pension, ne résiste pas au grief d'arbitraire. Il y a lieu de lui renvoyer le dossier pour instruction sur ce point et nouvelle décision ( art. 107 al. 2 LTF ).

Les parties n'ont plus contesté, devant la Cour de céans, la prise en compte, comme base du revenu hypothétique, d'un montant de 14'075 fr. 90 correspondant au dernier salaire de l'époux; en particulier, dans sa réponse, l'époux ne prétend pas qu'au vu de son état de santé, il serait incapable de travailler au même type de poste que celui qu'il avait auprès de son ancien employeur. Cette constatation ne pourra donc pas être revue par l'autorité cantonale, celle-ci devant se limiter à déterminer, sur la base de l'état de santé de l'époux, à quel taux de travail celui-ci pourrait exercer son activité, et à fixer son revenu sur la base d'un salaire hypothétique de 14'075 fr. 90 par mois pour un travail à plein temps. On relèvera que, devant le Tribunal fédéral, l'époux n'a pas contesté la possibilité effective de trouver un emploi à 50%, qui lui procurerait un revenu de 7'037 fr. 95 (question de fait; cf. supra consid. 5.1).

Enfin, en tant que la recourante prétend qu'il serait arbitraire de ne pas tenir compte, dans le calcul du revenu hypothétique, des allocations pour perte de gain que son époux aurait perçues s'il n'avait pas donné sa démission, on ne peut la suivre. Vu les circonstances de l'espèce, en particulier, le fait qu'au moment de sa démission, l'époux ne se trouvait pas en incapacité de travail - ce qui n'est plus contesté -, l'absence de prise en compte d'éventuelles allocations pour perte de gain n'est pas insoutenable, étant rappelé qu'il ne suffit pas qu'une

autre solution eut été concevable, voire préférable, pour qu'une décision puisse être qualifiée d'arbitraire ( ATF 133 I 149 consid. 3.1 et les références).

#### **E. 6**

En conclusion, le recours est admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais judiciaires sont mis à la charge de l'intimé, qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Celui-ci versera une indemnité de dépens à la recourante ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ), dont la demande d'assistance judiciaire devient ainsi sans objet. Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale ( art. 68 al. 5 LTF ).

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