

## **BGer 5A\_608/2019 vom 16. Januar 2020**

Bundesgericht, 2020-01-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_608\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_608_2019)

FR: TF 5A\_608/2019 du 16 janvier 2020

IT: TF 5A\_608/2019 del 16 gennaio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recours en matière civile est recevable (art. 90, 72 al. 1, 75, 51 al. 1 let. a, al. 4 et 74 al. 1 let. b, 76 al. 1, 46 al. 2 et 100 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), en sorte que 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 142 II 369 consid. 2.1, III 364 consid. 2.4).

En particulier, 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 ( ATF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1); 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 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3; 142 II 369 consid. 4.3).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 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 (arrêt 5A\_6/2019 du 3 juillet 2019 consid. 2.2).

#### **E. 3**

Le recourant reproche d'abord à la cour cantonale d'avoir arbitrairement refusé d'appliquer l'art. 2 al. 2 CC et l'art. 125 al. 3 ch. 3 CC par analogie.

#### **E. 3.1**

Même lorsque l'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux en mesures protectrices de l'union conjugale ( ATF 137 III 385 consid. 3.1; 130 III 537 consid. 3.2). Pour fixer la contribution d'entretien selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC , le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux avaient conclue au sujet de la répartition des

tâches et des ressources entre eux durant la vie commune ( art. 163 al. 2 CC ), puis il doit prendre en considération que le but de l' art. 163 al. 1 CC impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Le juge peut donc devoir modifier la convention conclue pour la vie commune pour l'adapter à ces faits nouveaux ( ATF 138 III 97 consid. 2.2; 137 III 385 consid. 3.1, précisant l'arrêt paru aux ATF 128 III 65 ). Ni le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, ni celui des mesures provisionnelles ne doit cependant trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint ( ATF 137 III 385 consid. 3.1).

### **E. 3.2**

La cour cantonale a relevé avant tout que l' art. 125 al. 3 ch. 3 CC ne trouvait pas application dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, seul l' art. 2 al. 2 CC pouvant entrer en considération. A cet égard, les juges cantonaux ont retenu que l'intimée avait remboursé les sommes prélevées sur le compte de son époux en cours de procédure pénale, que le faible revenu qu'elle avait acquis durant le mariage ne lui avait jamais été versé, qu'elle n'exerçait aucune activité lucrative, était atteinte dans sa santé depuis le mois d'avril 2018 et que, depuis la séparation, elle s'était retrouvée sans ressources financières, le recourant ne subvenant que partiellement à l'entretien de son fils. Dans ces conditions, les prétentions d'entretien élevées par l'intimée ne paraissaient pas abusives.

### **E. 3.3**

Soulignant que la reprise de la vie commune serait exclue, le recourant se borne d'abord à prétendre qu'il " n'y aurait pas de raison " que l'application analogique de l' art. 125 CC dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale se limite à la prise en considération des critères applicables à l'entretien après le divorce pour évaluer la question de la reprise ou de l'augmentation d'une activité lucrative. Cette simple affirmation est à l'évidence insuffisante pour admettre l'arbitraire du raisonnement de la cour cantonale sur ce point (consid. 2.1 supra).

Au sujet du caractère soit-disant abusif des prétentions en entretien de son épouse, les critiques du recourant ne s'en prennent que partiellement à la motivation développée à cet égard par l'autorité cantonale et sont, pour le surplus, inefficaces. Ainsi, l'on ne saisit pas en quoi la cour cantonale aurait arbitrairement écarté l'application de l' art. 2 al. 2 CC du fait que le remboursement des montants prélevés sur son compte n'aurait pas été spontané; il ne ressort pas non plus des faits que le montant de 43'000 fr., prélevé en juillet 2017 et dont le recourant soutient que l'intimée aurait prétendument bénéficié, n'était pas concerné par la procédure pénale et objet du remboursement. Le recourant conteste enfin que le salaire dû à son épouse pour son activité au sein de son entreprise informatique n'aurait jamais été versé, affirmant à cet égard que des cotisations sociales et de troisième pilier avaient été prélevées, que l'intéressée avait payé ses assurances maladies et contribué aux dépenses du ménage par ce biais: or non seulement la preuve du prélèvement des cotisations précitées n'est pas démontrée, mais le recourant a lui-même indiqué que son épouse n'avait pas souhaité ouvrir un compte pour recevoir le salaire auquel elle pouvait prétendre, admettant ainsi, implicitement du moins, son absence de versement.

### **E. 4**

Le recourant se plaint ensuite de l'application arbitraire de l' art. 176 al. 1 ch. 1 CC .

## **E. 4.1**

Il reproche d'abord à la cour cantonale d'avoir arbitrairement refusé d'imputer un revenu hypothétique à son épouse.

### **E. 4.1.1**

L'on est désormais en droit d'attendre du parent se consacrant à la prise en charge de l'enfant qu'il recommence à travailler, en principe, à 50 % dès l'entrée du plus jeune enfant à l'école obligatoire, à 80 % à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire, et à 100 % dès la fin de sa seizième année ( ATF 144 III 481 consid. 4.7.6).

Ces lignes directrices ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend du cas concret; le juge du fait en tient compte dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation ( art. 4 CC ; ATF 144 III 481 consid. 4.7.9; arrêt 5A\_931/2017 du 1er novembre 2018 consid. 3.1.2).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Il doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Le juge doit ensuite établir si la 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; il s'agit là d'une question de fait ( ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2).

### **E. 4.1.2**

La cour cantonale a admis que, compte tenu de l'âge de l'enfant des parties, la prise d'une activité lucrative à 80% pourrait en principe être exigée de l'intimée à l'issue d'une phase de transition. Titulaire d'une maturité commerciale et d'un diplôme de l'école supérieure de commerce, l'épouse détenait également une attestation pour la pratique de l'épilation définitive. Elle avait cependant 50 ans actuellement et s'était principalement consacrée à l'éducation de son fils et au ménage durant la vie commune des parties, ce d'entente entre elles; elle avait certes travaillé, mais à un taux très réduit pour l'entreprise de son époux entre janvier 2003 et décembre 2016. L'intimée se trouvait par ailleurs en incapacité de travail à 100% pour une durée indéterminée: le certificat qui l'attestait était certes peu étayé, mais suffisant sous l'angle de la vraisemblance et le recourant ne contestait pas l'incapacité alléguée. Dans ces conditions, la cour cantonale a renoncé à lui imputer un revenu hypothétique, soulignant de surcroît le caractère sommaire et provisoire des mesures protectrices de l'union conjugale.

### **E. 4.1.3**

Le recourant soutient que le raisonnement de la cour cantonale serait arbitraire en ce qu'il reviendrait finalement à ne jamais imputer de revenu hypothétique dès lors que les mesures protectrices de l'union conjugale présenteraient toujours un caractère sommaire et provisoire. Cette critique ne cerne cependant que partiellement la motivation cantonale qui, outre le caractère il est vrai temporaire des mesures sollicitées, prend cependant aussi en considération, pour renoncer à imputer à l'intimée un revenu hypothétique, son incapacité de travail apparente, son âge et son éloignement du monde du travail pendant de nombreuses années, éléments qui ne sont absolument pas remis en cause par l'époux. Dans ces conditions, et en l'absence de critique pertinente et ciblée, il n'y a pas lieu de retenir que

le raisonnement de la cour cantonale relève de l'arbitraire.

## **E. 4.2**

Le recourant estime ensuite que c'est arbitrairement que la cour cantonale lui imposerait d'entamer sa fortune.

### **E. 4.2.1**

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties ( ATF 143 III 233 consid. 3.2). Le juge peut également prendre en considération le revenu de la fortune, au même titre que le revenu de l'activité lucrative; lorsque la fortune ne produit aucun ou qu'un faible rendement, il peut être tenu compte d'un revenu hypothétique ( ATF 117 II 16 consid. 1b).

Si les revenus (du travail et de la fortune) suffisent à l'entretien des conjoints, la substance de la fortune n'est normalement pas prise en considération ( ATF 138 III 289 consid. 11.1.2; arrêt 5A\_479/2015 du 6 janvier 2016 consid. 4.4.3). Dans le cas contraire, l'entretien peut, en principe, être assuré par des prélèvements dans la fortune des époux, le cas échéant même par les biens propres ( ATF 138 III 289 consid. 11.1.2; 134 III 581 consid. 3.3; arrêt 5A\_170/2016 du 1er septembre 2016 consid. 4.3.5 et les nombreuses références), que ce soit en mesures provisionnelles ou dans la procédure au fond (arrêts 5A\_170/2016 précité; 5A\_23/2014 du 6 octobre 2014 consid. 3.4.2).

Suivant la fonction et la composition de la fortune des époux, l'on peut ainsi attendre du débiteur d'aliments - comme du crédentier - qu'il en entame la substance. Si celle-ci est en particulier accumulée dans un but de prévoyance pour la vieillesse, il est justifié de l'utiliser pour assurer l'entretien des époux après leur retraite alors que tel ne serait en principe pas le cas lorsque les biens patrimoniaux ne sont pas aisément réalisables, qu'ils ont été acquis par succession ou investis dans la maison d'habitation ( ATF 129 III 7 consid. 3.1.2; arrêt 5A\_170/2016 précité *ibid.* et les arrêts cités). Savoir si et dans quelle mesure il peut être exigé du débirentier qu'il entame sa fortune pour assurer l'entretien courant doit être apprécié au regard des circonstances concrètes. Sont notamment d'une importance significative le standard de vie antérieur, lequel peut éventuellement devoir être diminué, l'importance de la fortune et la durée pendant laquelle il est nécessaire de recourir à celle-ci (arrêt 5A\_170/2016 précité *ibid.* et les arrêts cités). Ainsi, il a déjà été admis que l'on peut exiger du débirentier qui n'a pas d'activité lucrative et dont le revenu de la fortune ne permet pas de couvrir l'entretien du couple, d'entamer la substance de ses avoirs pour assurer à l'époux crédentier la couverture de son minimum vital élargi ( ATF 138 III 289 consid. 11.1.2), voire du train de vie antérieur (arrêts 5A\_170/2016 précité *ibid.*; 5A\_651/2011 du 26 avril 2012 consid. 6.1.3.2 *in fine* non publié aux ATF 138 III 374 ).

Pour respecter le principe d'égalité entre les époux, l'on ne saurait cependant exiger d'un conjoint qu'il entame sa fortune pour assurer l'entretien courant que si l'on impose à l'autre d'en faire autant, à moins qu'il n'en soit dépourvu ( ATF 129 III 7 consid. 3.1.2; arrêt 5A\_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 2.1.2 les nombreuses jurisprudences citées).

### **E. 4.2.2**

La juridiction cantonale a relevé que les revenus du recourant ne suffisaient pas à couvrir ses propres charges, y compris celles de ses enfants, et à verser en sus en contribution en faveur de l'intimée. Elle a d'ailleurs souligné que, du temps de la vie commune, les parties entamaient déjà la substance de la fortune du recourant pour couvrir l'entretien de la famille,

les revenus de l'intéressé étant alors insuffisants pour maintenir leur train de vie. Que cette fortune diminuée était dès lors inévitable. La cour cantonale a par ailleurs considéré que le recourant n'avait pas établi avec assez de vraisemblance que le solde de sa fortune était désormais réduit à 466'550 fr. 40; ce montant était quoi qu'il en soit suffisant pour assurer l'entier des charges de la famille pendant plus de quatre ans. Soulignant de surcroît qu'il pouvait être attendu du recourant la prise d'une activité salariée lui permettant de couvrir les charges précitées, la juridiction cantonale a néanmoins renoncé à lui imputer un revenu hypothétique compte tenu de ses projets professionnels en cours et du montant de sa fortune encore disponible. Au sujet de la fortune de l'intimée, la cour cantonale a relevé qu'il n'avait pas été démontré ni allégué qu'elle disposait de fonds suffisants pour couvrir ses propres charges; le fait qu'elle ait pu récupérer 35'000 fr. au moment de la levée du séquestre pénal ne permettait pas de retenir qu'elle disposerait à ce jour d'une fortune suffisante.

#### **E. 4.2.3**

Le recourant relève d'abord que sa fortune proviendrait d'un héritage, en sorte qu'il serait arbitraire de l'astreindre à l'entamer. Certes, la fortune du recourant est issue de la vente de villas situées sur une parcelle dont il a hérité (supra let. A.c.c), si bien qu'en principe, l'utilisation de ce patrimoine ne pourrait être exigé pour assurer l'entretien de l'intimée (supra consid. 4.2.1). La situation est cependant ici particulière: d'une part, il est admis que, durant la vie commune, c'est cette fortune qui servait déjà à assurer le train de vie des parties, les revenus du recourant étant insuffisants pour ce faire; d'autre part, la cour cantonale n'a en contrepartie imputé aucun revenu hypothétique au recourant bien que les conditions lui en paraissaient réalisées, ce que l'intéressé ne conteste pas. Dans ces conditions, le raisonnement de l'autorité précédente ne saurait être taxé d'arbitraire.

Contrairement à ce que soutient ensuite le recourant, c'est sans arbitraire que la cour cantonale a renoncé à astreindre l'intimée d'entamer ses propres ressources: le recourant ne se plaint pas en effet de ce que celles-ci, à supposer qu'elles existent encore, sont bien inférieures aux siennes.

#### **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Les frais judiciaires sont à la charge du recourant qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée, qui a partiellement succombé s'agissant de l'effet suspensif et n'a pas été invitée à se déterminer sur le fond ( art. 68 al. 1 LTF ).

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