

# **BGer 5A\_619/2017 vom 14. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_619\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_619_2017)

FR: TF 5A\_619/2017 du 14 décembre 2017

IT: TF 5A\_619/2017 del 14 dicembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2; 133 III 393 consid. 4) 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 dont la valeur litigieuse requise est atteinte ( art. 51 al. 1 let. a et al. 4; art. 74 al. 1 let. b LTF ). Le recourant a en outre pris part à la procédure devant l'autorité précédente ( art. 76 al. 1 let. a LTF ) et, ayant succombé dans ses conclusions, a un intérêt à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 76 al. 1 let. b LTF ). Le recours en matière civile est donc recevable au regard de ces dispositions.

### **E. 2.1**

Comme la décision attaquée porte sur la modification de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de divorce, au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5.1), seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par la partie recourante (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 III 364 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3 et les références).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et incontesté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution soit 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 141 III 564 consid. 4.1 et les références). La partie recourante ne peut ainsi se borner à critiquer la décision attaquée comme elle le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se limitant à opposer sa thèse à celle de la juridiction cantonale ( ATF 134 II 349 consid. 3 et les références); les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 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 limité aux griefs d'ordre constitutionnel, 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); les art. 95, 97 et 105 al. 2 LTF ne s'appliquent pas directement ( ATF 133 III 393 consid. 7.1, 585 consid. 4.1). Toutefois, l'application de l' art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat: le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires 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**

L'autorité cantonale a examiné la recevabilité des conclusions nouvelles que le recourant avait prises en audience du 9 mars 2017, soit après le dépôt de son appel le 23 décembre 2016, en invoquant le nouveau droit de l'entretien de l'enfant entré en vigueur le 1

er janvier 2017. Sur la base de l' art. 407b al. 2 CPC , elle a jugé que la partie qui entendait se prévaloir de l'entrée en vigueur du nouveau droit et modifier ses conclusions à ce titre devait intervenir sans tarder auprès du juge saisi. En attendant l'audience d'appel, tenue plus de deux mois après l'entrée en vigueur du nouveau droit, pour modifier ses conclusions, le recourant n'avait pas satisfait à son devoir de diligence, de sorte que ses conclusions nouvelles étaient irrecevables. Dans une motivation subsidiaire, l'autorité cantonale a ajouté qu'à supposer que la modification de ses conclusions dût être examinée à l'aune de l' art. 317 al. 2 CPC , et non de l' art. 407b CPC , il y avait également lieu de les déclarer irrecevables, le recourant n'indiquant pas sur quels fait ou moyen de preuve nouveaux cette modification était fondée.

### **E. 3.2.1**

Le recourant invoque une application arbitraire ( art. 9 Cst. ) des art. 407b et 52 CPC . Il reproche tout d'abord à l'autorité cantonale d'avoir déclaré irrecevables ses conclusions modifiées au motif qu'il n'avait pas satisfait à son devoir de diligence en ne les formulant qu'à l'audience d'appel. Il relève qu'aucune notion d'immédiateté ne découle de l' art. 407b CPC et que le Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (cf. infra consid. 3.2.2.1) est muet sur ce point. Il ajoute que l'autorité cantonale ne l'a pas non plus interpellé à ce sujet alors que les maximes inquisitoire et d'office sont applicables. Il relève également que la modification de ses conclusions en audience d'appel n'a pas troublé le cours du procès, étant donné que l'autorité cantonale n'aurait en tous les cas pas instruit cette question avant l'ouverture des débats.

Le recourant se plaint aussi d'une violation de l'interdiction du formalisme excessif ( art. 29 al. 1 Cst. ), en tant notamment que le raisonnement de l'autorité cantonale conduit à ce que l'application du droit transitoire devient une fin en soi et entrave de manière insoutenable la concrétisation du nouveau droit de l'entretien de l'enfant censé renforcer la protection des

intérêts de celui-ci.

### **E. 3.2.2.1**

La modification du droit de l'entretien de l'enfant adoptée le 20 mars 2015 est entrée en vigueur le 1er janvier 2017 (RO 2015 4299). Aux art. 13c et 13c

bis Tit. fin. CC, elle comporte deux dispositions transitoires qui déterminent dans quelle teneur le droit matériel s'applique.

L' art. 13c Tit. fin. CC règle la question des effets des nouvelles règles sur les situations déjà existantes, soit celles où l'enfant est déjà au bénéfice d'une contribution d'entretien. Pour les enfants de parents mariés qui se sont séparés ou qui ont divorcé, cette norme prévoit, à sa seconde phrase, que les contributions d'entretien dues à l'enfant peuvent être modifiées seulement si la situation change notablement. Le Message du Conseil fédéral précise que, pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien destinée à l'enfant, il faut procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents ( art. 286 al. 2 CC ). L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en la matière ne suffit pas à justifier une modification de la contribution d'entretien (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), du 29 novembre 2013, FF 2013 p. 511 ss [569 s. n° 2.7.1]).

L'art. 13c

bis al. 1 Tit. fin. CC règle pour sa part la question de l'application des nouvelles normes aux procédures pendantes à l'entrée en vigueur de la modification et prévoit que celles-ci sont soumises au nouveau droit.

L' art. 13c 2

ème phr. Tit. fin. CC n'est pas subsidiaire à l'art. 13c

bis Tit. fin. CC. Il s'applique donc aussi à une procédure en cours ayant pour objet la modification des contributions d'entretien de l'enfant de parents mariés. En conséquence, une telle modification ne pourra se faire en application du nouveau droit de l'entretien que si la situation a notablement changé (cf. arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 16 mai 2017, cause 101 2017 82, consid. 3b). Au demeurant, il existe une analogie entre la condition qui permet de modifier, en fonction du nouveau droit, les contributions d'entretien d'enfants de parents mariés déjà existantes et celle qui permet, de manière générale et indépendamment de la réforme de 2015, de modifier les contributions d'entretien d'un enfant (DOLDER, *Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang*,

in *FamPra.ch* 2016 (4), p. 917 ss [926]). Le Message renvoie d'ailleurs à l' art. 286 al. 2 CC lorsqu'il explique que, pour appliquer l' art. 13c Tit. fin. CC , le juge doit procéder à une pesée des intérêts (cf. p. 570 n° 2.7.1; cf. aussi AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER, in *FamKomm Scheidung*, 3ème éd., 2017, n° 74 ad Allg. Bem. zu Art. 276-293). En effet, les contributions d'entretien dues à un enfant ne peuvent être modifiées que si, depuis le prononcé de celles-ci, des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente, et si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent ( art. 179 al. 1 et 286 CC , art. 276 al. 1 CPC ). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour

juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (arrêts 5A\_760/2016 du 5 septembre 2017 consid. 5.1 [divorce], 5A\_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 [mesures provisionnelles]).

Lorsque le nouveau droit s'applique, que ce soit en vertu de l' art. 13c ou 13cbis Tit. fin. CC , à une procédure déjà pendante le 1er janvier 2017 ayant pour objet des contributions d'entretien dues à un enfant avant et après cette date, le tribunal doit fixer les contributions d'entretien pour la période antérieure et postérieure au 1er janvier 2017, de préférence dans deux points séparés du dispositif de son jugement. Il ne doit toutefois appliquer le nouveau droit que pour statuer sur les contributions d'entretien dues dès le 1er janvier 2017. En effet, le nouveau droit de l'entretien n'a pas d'effet rétroactif (AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER,

op. cit. , n° 78 ad Allg. Bem. zu Art. 276-293; SCHWANDER, Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisoren, in PJA 2016 p. 1575 ss [1584]).

### **E. 3.2.2.2**

La réforme précitée du CC a également entraîné des modifications du CPC. L' art. 407b CPC instaure un régime transitoire pour le droit de procédure civile. Aux termes de cet article, les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont régies par le nouveau droit (al. 1). Les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification du droit applicable; les points du jugement qui ne font pas l'objet d'un recours sont définitifs, pour autant qu'ils n'aient pas de lien matériel si étroit avec des questions encore ouvertes qu'une appréciation globale se justifie (al. 2).

Les nouvelles dispositions procédurales sont ainsi immédiatement applicables aux procédures en cours (Message, p. 570 n° 2.7.2). Toutefois, il incombe aux parties de présenter des conclusions nouvelles et elles peuvent le faire, tant en première qu'en seconde instance cantonale, à condition que ces conclusions concernent des questions touchées par la modification du droit applicable. Il s'agit d'une question préliminaire à examiner pour déterminer si les conclusions nouvelles sont recevables (WILLISEGGER,

in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 7 et 9 ad art. 407b CPC ).

Dans ce contexte, se pose la question de savoir si les parties sont tenues de présenter leurs nouvelles conclusions dans un certain délai suivant l'instance devant laquelle ils se trouvent. Le Message du Conseil fédéral est muet à ce sujet. Quelques auteurs se sont en revanche exprimés sur ce point.

De manière générale, sans se prononcer sur un éventuel délai à respecter, d'aucuns considèrent que les conclusions nouvelles sont recevables, tant devant la première que la seconde instance cantonale, indépendamment des limitations applicables en la matière. L' art. 407b al. 2 CPC est ainsi une

lex specialis par rapport aux normes consacrant ces limitations. En particulier, en seconde instance cantonale, les nouvelles conclusions sont recevables même si elles ne reposent pas sur des faits et des moyens de preuve nouveaux au sens de l' art. 317 al. 2 CPC (SCHWANDER,

in Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, 2

ème éd., 2016, n° 6 ad art. 407b CPC ; WILLISEGER,

op. cit. , n° 8 ad art. 407b CPC ). Pour la procédure de recours, on comprend de ces avis que l'exigence de diligence prévue par l' art. 317 CPC ne peut pas être reprise telle quelle.

Plus précisément sur la question d'un délai, un auteur adhère à l'idée que l' art. 407b al. 2 CPC fait entorse au principe selon lequel, une fois déposées, des conclusions ne peuvent plus être modifiées à moins que les conditions d'une modification des conclusions soient remplies. Il précise que, dans les procédures soumises au principe de disposition, on peut toutefois se demander jusqu'à quel moment de telles conclusions nouvelles peuvent être déposées; il est cependant d'avis que, en première instance, il suffit de le faire à la première occasion de s'exprimer en procédure, tant que l'échange d'écritures n'est pas clos, et que, par la suite et en seconde instance, un avocat devrait, par sécurité, se fonder sur les principes régissant l'admission des

nova et agir rapidement (DOLDER,

op. cit. , p. 923 s.; dans le même sens, cf. aussi AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER,

op. cit. , n° 81 ad Allg. Bem. zu Art. 276-293: "

möglichst rasch "). Un autre auteur admet que, tant en première qu'en seconde instance, les nouvelles conclusions doivent pouvoir être présentées jusqu'au prononcé du jugement, mais que, pour que l' art. 407b CPC s'inscrive de manière cohérente dans le système général, on pourrait retenir que la partie doit modifier ses conclusions sans retard dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il souligne toutefois également que, les maximes d'office et inquisitoire s'appliquant pour l'entretien de l'enfant, il serait de toute manière raisonnable que le tribunal rende les parties attentives au nouveau cadre juridique et à la possibilité de modifier les conclusions (BOHNET, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant: procédure et mise en oeuvre,

in Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016, p. 29 ss [p. 41 n° 35 s.]).

### **E. 3.2.3**

En l'espèce, c'est en audience d'appel du 9 mars 2017 que le recourant a modifié les conclusions de son mémoire du 26 décembre 2016 relatives aux contributions d'entretien de 1'856 euros pour sa famille dès le 1

er août 2016 puis de 2'274 euros pour sa famille dès le 1

er décembre 2016. Il a, ce faisant, demandé que ces contributions soient fixées à 618 euros pour chaque enfant dès le 1

er août 2016 et à 750 euros pour chaque enfant dès le 1

er décembre 2016.

En tant que les conclusions concernent la période du 1

er août 2016 au 31 décembre 2016, le grief d'arbitraire dans l'application de l' art. 407b al. 2

ère phr. CPC doit d'emblée être rejeté: la modification du droit applicable ne touchent que les contributions d'entretien dues dès le 1

er janvier 2017 (cf.

supra consid. 3.2.2.1).

Il reste donc uniquement à examiner cette question pour la conclusion tendant à verser 750 euros par enfant, pour la période postérieure à cette date. A cet égard, la doctrine exprime de manière unanime que l' art. 407b al. 2 CPC ne suit pas les principes du CPC concernant la modification des conclusions et constitue une

lex specialis . Les exigences de diligence consacrées par le CPC sur ce point ne peuvent en conséquence pas être reprises telles quelles (cf.

supra consid. 3.2.2.2). Quant aux auteurs sur lesquels l'autorité cantonale s'est fondée pour appuyer sa motivation, aucun ne donne d'indication précise sur la célérité dont devrait faire preuve la partie qui modifie ses conclusions; ils ne font qu'évoquer la possibilité qu'une certaine exigence en la matière soit de mise. Par ailleurs, selon l'un (BOHNET), il appartiendrait aussi au tribunal d'interpeller les parties sur la possibilité de modifier leurs conclusions; selon l'autre (DOLDER), un tel délai n'entrerait en ligne de compte que pour les procédures régies par le principe de disposition (sans que cet auteur explique au demeurant son hypothèse en lien avec les contributions d'entretien dues à un enfant au regard de l' art. 296 CPC ). Or, en l'espèce, le recourant a modifié ses conclusions à la première audience utile. Son comportement n'a en rien entravé l'avancement de la procédure. Par ailleurs, l'autorité cantonale n'a pas interpellé les parties et la modification des conclusions concernait les contributions d'entretien dues aux enfants, de sorte que la maxime d'office s'appliquait ( art. 296 al. 3 CPC ; arrêt 5A\_524/2017 du 9 octobre 2017 consid. 3.1 et les références). Ainsi, s'il l'on peut certes attendre des parties qu'elles se montrent diligentes pour modifier leurs conclusions, la célérité qu'a exigée l'autorité cantonale ne trouve d'appui ni dans le Message du Conseil fédéral ni en doctrine et ne permettait pas de faire avancer la procédure en cours, d'autant que le recourant ne se prévalait pas d'autres faits que ceux déjà allégués dans son appel. Il faut donc admettre qu'en déclarant irrecevables en raison de leur tardiveté les conclusions nouvelles du recourant, l'autorité cantonale a appliqué de manière arbitraire l' art. 407b al. 2 CPC .

Cela étant, pour que le grief d'arbitraire soit admis, il faut que, en sus de sa motivation, le résultat de la décision attaquée le soit aussi (cf.

supra consid. 2.1). Cela suppose en l'occurrence que l'autorité cantonale aurait pu être amenée à modifier les contributions d'entretien dues aux enfants dès le 1

er janvier 2017 en appliquant le nouveau droit. A cet égard, il faut donc que la décision se révèle arbitraire en tant que l'autorité cantonale a jugé que le recourant devait se voir imputer un revenu hypothétique d'un montant équivalent à celui qu'il percevait dans son précédent emploi auprès de F.\_\_\_\_\_. Si tel n'est pas le cas, le recourant bénéficie encore d'un revenu lui permettant d'assumer une contribution d'entretien permettant de couvrir l'entier des besoins de ses enfants, fixés à 3'350 fr. sans que ce montant ne soit contesté, tout en versant le montant de 6'870 fr. à son épouse. Il n'y a donc pas lieu de se demander s'il faudrait, en vertu du nouveau droit, priver celle-ci de sa contribution au profit des enfants dont la couverture prioritaire des besoins est désormais ancrée dans la loi ( art. 276a al. 1 CC ). En effet, si la diminution de revenus du recourant à hauteur de 2'740 fr. a bien été

admise à titre de fait nouveau durant la procédure de modification, il n'a conduit qu'à réduire la contribution d'entretien due à l'épouse. Si le recourant ne parvient à démontrer l'arbitraire ni de l'imputation d'un revenu hypothétique à son endroit (cf.

infra consid. 4), ni du refus de cette imputation à l'endroit de l'intimée (cf.

infra consid. 5), la condition de l' art. 13c 2

ème phr. Tit. fin. CC n'est pas remplie (cf.

supra consid. 3.2.2.1). Sur ce point, on notera que l'autorité cantonale s'est trompée lorsqu'elle affirme, à la fin de son arrêt, que le nouveau droit de l'entretien de l'enfant s'applique à la cause en vertu de l' art. 13cbis al. 1 Tit. fin. CC . Dans une procédure en modification de l'entretien, seul est pertinent l' art. 13c Tit. fin. CC (cf.

supra consid. 3.2.2.1).

Pour les mêmes raisons, le grief de formalisme excessif tombe à faux si l'application du nouveau droit ne se trouve pas à tort refusée.

#### **E. 4.1**

L'autorité cantonale a constaté que l'époux avait démissionné au début de l'année 2016 du poste de médecin associé qu'il occupait auprès de F.\_\_\_\_\_, avec effet au 31 juillet 2016, pour reprendre immédiatement une activité de médecin chef de service au sein de la Fondation G.\_\_\_\_\_, à U.\_\_\_\_\_, en France. Ce faisant, il avait renoncé à un revenu mensuel net moyen de 18'258 fr. 15 pour occuper un nouvel emploi lui procurant un revenu mensuel brut de 7'490 euros 72 puis de 8'045 euros 49.

S'agissant des causes de la démission du recourant, l'autorité cantonale a considéré que l'échange de courriels le 8 janvier 2016 entre le recourant et sa supérieure hiérarchique, dont il ressortait une profonde insatisfaction de l'intéressé, ne permettait pas de retenir que le recourant n'avait eu d'autre choix que de démissionner en raison du climat détestable prétendument imposé par sa hiérarchie et du véritable harcèlement dont il se disait victime au sein de son service. Il en allait de même du certificat du 3 mai 2016 du psychiatre du recourant, qui se bornait à attester que l'une des principales sources de souffrance psychique de son patient découlait directement des difficultés récurrentes engendrées par un environnement professionnel dysfonctionnel. L'autorité cantonale a relevé que le médecin ne diagnostiquait pas un

burnout chez l'intéressé, ni ne préconisait sa démission du poste en question.

S'agissant des recherches d'emploi, l'autorité cantonale a considéré que, même si l'on devait admettre que le choix de démissionner lui avait été dicté par l'impérieuse nécessité de quitter cet environnement de travail jugé nuisible pour sa santé psychique, force était de constater que le recourant n'avait pas démontré, au stade de la vraisemblance, qu'il avait vainement entrepris des démarches pour retrouver en Suisse un poste lui procurant des revenus comparables à ceux qu'il réalisait auprès de F.\_\_\_\_\_ et lui permettant ainsi d'honorer ses obligations envers les siens. L'autorité cantonale a relevé à cet égard que, des pièces qu'il avait produites, il ne ressortait aucune preuve qu'il aurait activement recherché du travail en Suisse, hormis une postulation auprès de la Centrale K.\_\_\_\_\_ en juin 2013, auprès de L.\_\_\_\_\_ en septembre 2013 et auprès de I.\_\_\_\_\_ en juillet 2014, soit bien avant sa démission de F.\_\_\_\_\_. On ignorait d'ailleurs quelle suite avait été donnée à ces offres de service, le recourant n'ayant produit aucune réponse des institutions concernées. Il

avait produit également divers courriels adressés à des confrères travaillant en Suisse romande dans son domaine d'activité; ces prises de contact informelles ne pouvaient toutefois être considérées comme de sérieuses et réelles recherches d'emploi. Le recourant ne démontrait d'ailleurs pas qu'il ne serait pas en mesure de se réorienter dans une activité de neurologue de cabinet ni qu'il ne serait pas en mesure de réaliser dans cette activité un revenu à tout le moins équivalent à celui qu'il réalisait auprès de F.\_\_\_\_\_. A l'audience de mesures provisionnelles du 12 juillet 2016, il avait déclaré vouloir postuler au poste de médecin chef du service de réadaptation en neurologie de la Clinique H.\_\_\_\_\_ à V.\_\_\_\_\_, qui devait être mis prochainement au concours. Bien que ce poste parût particulièrement correspondre à son profil, il ne l'avait finalement pas fait au motif qu'il aurait eu un accord d'information avec son interlocuteur sur place et qu'il s'en serait tenu à cet accord, laissant ainsi passer de manière inexplicable le délai de postulation fixé lors de la mise au concours de ce poste. Selon l'autorité cantonale, au vu des obligations d'entretien lui incombant, le recourant ne pouvait se contenter d'attendre d'être éventuellement contacté pour ce poste, sans se préoccuper de ce qu'il advenait de sa mise au concours. Il était par ailleurs étonnant qu'il n'ait pas mandaté en Suisse, comme il l'avait fait en France, un " chasseur de têtes ", ni étendu son cercle de recherches à toute la Suisse, voire à d'autres pays, pour retrouver un poste correspondant à ses compétences et lui procurant des revenus comparables à ceux qu'il percevait auprès de F.\_\_\_\_\_. Il était du reste difficilement compréhensible qu'il persistât à s'intéresser à des postes mis au concours en France, alors même qu'il avait déclaré à l'audience d'appel que, dans un hôpital public, il fallait compter avec une rémunération de l'ordre de 8'000 à 9'000 euros. En définitive, force était de constater que le recourant n'avait guère témoigné d'une grande assiduité pour retrouver dans son domaine de compétences, en Suisse ou ailleurs, un poste ou une activité devant lui permettre de maintenir sa capacité contributive. Il n'avait en particulier nullement rendu vraisemblable qu'il avait entrepris à cet effet des recherches sérieuses et adéquates et que celles-ci étaient, en dépit de tous ses efforts, demeurées vaines.

Compte tenu des circonstances précitées, l'autorité cantonale a considéré que c'était à juste titre que le premier juge avait imputé à l'époux un revenu hypothétique correspondant à celui qu'il percevait précédemment auprès de F.\_\_\_\_\_ à hauteur de 18'258 fr. 15 par mois. Au surplus, elle a jugé que l'intéressé avait disposé, depuis sa démission de F.\_\_\_\_\_ au début de l'année 2016, d'un délai suffisant pour s'adapter à sa situation nouvelle, rappelant qu'en matière d'entretien de l'enfant mineur, des exigences particulièrement élevées devaient être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier.

#### **E. 4.2.1**

Le recourant se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits et l'application de l'art. 285 CC en tant que l'autorité cantonale a considéré qu'il n'avait pas entrepris toutes les démarches sérieuses qu'on pouvait attendre de lui, notamment dans l'assiduité de ses recherches, pour se réorienter et retrouver un poste lui procurant un revenu comparable à celui qu'il avait auparavant auprès de F.\_\_\_\_\_.

En substance, il lui reproche de n'avoir pas tenu compte de la nature de sa formation et de la spécificité du poste qu'il occupait auprès de F.\_\_\_\_\_. A cet égard, il relève qu'en audience d'appel du 9 mars 2017, il avait affirmé qu'en tant que neurologue hospitalier, il devait trouver un poste dans un hôpital et qu'il n'avait pas les compétences pour exercer sa profession en cabinet, qu'en audience de première instance, il avait affirmé que les cliniques

privées ne proposaient en principe pas de prestation dans son domaine de spécialisation, soit la réhabilitation neurologique, qu'il n'avait ni les moyens ni les diplômes nécessaires pour ouvrir un cabinet privé, et qu'il n'avait pas postulé en Suisse allemande pour des questions de langue. Il souligne encore qu'il a allégué que les seuls centres de neuroréhabilitation avec une activité semblable à celle qu'il avait auprès de F. \_\_\_\_\_ en Suisse romande était la Clinique H. \_\_\_\_\_ à V. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_ à W. \_\_\_\_\_ et l'Institution de J. \_\_\_\_\_. En conclusion, il affirme que l'autorité cantonale ne s'est pas suffisamment concentrée sur les possibilités effectives qu'il avait de postuler dans des établissements susceptibles de lui offrir un poste vacant et similaire à celui qu'il occupait auprès de F. \_\_\_\_\_ et a occulté de manière incompréhensible ses explications sur la spécificité de sa formation et sur le nombre extrêmement restreint d'opportunités sur le marché du travail. Il souligne aussi que l'autorité cantonale n'explique pas pourquoi des prises de contact informelles ne peuvent pas être considérées comme des recherches d'emploi et que son envoi au directeur de l'Institution de J. \_\_\_\_\_ est une postulation spontanée ayant débouché sur une réponse négative. Il affirme encore qu'il n'y avait pas d'utilité d'engager un chasseur de têtes en Suisse également, étant donné qu'il savait qu'il n'y avait pas de places vacantes dans ce pays, une fois qu'il avait postulé aux I. \_\_\_\_\_, à la Clinique H. \_\_\_\_\_ de V. \_\_\_\_\_ et à l'Institution de J. \_\_\_\_\_.

#### **E. 4.2.2.1**

Pour fixer une contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Tant le débiteur d'entretien que le créancier peuvent néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur si le revenu effectif ne suffit pas pour couvrir leurs besoins. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations ( ATF 137 III 118 consid. 2.3; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4a).

Lorsqu'il entend tenir compte d'un revenu hypothétique, le juge doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir un revenu supérieur en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner 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 ( ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4c/bb). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources comme les conventions collectives de travail ( ATF 137 III 118 consid. 3.2). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné l'exercice d'une activité lucrative ou une augmentation de celle-ci, 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 sus question de fait ( ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4c/bb).

Cette jurisprudence est applicable lorsque le juge impute un revenu hypothétique à l'une des parties au motif qu'elle peut assumer une activité lucrative ou étendre celle-ci et impose

ainsi à la partie concernée un changement de ses conditions de vie. Dans ce cas de figure, le juge doit accorder à la partie dont il exige la prise ou la reprise d'une activité lucrative ou encore l'extension de son temps de travail, un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation et retrouver un emploi, délai qui doit être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier. En revanche, lorsque le débirentier exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait son obligation d'entretien préexistante, rien ne justifie de lui laisser un temps d'adaptation. Dans cette hypothèse, le débirentier doit au contraire entreprendre tout ce qui est en son pouvoir et en particulier exploiter pleinement sa capacité de gain pour pouvoir continuer à assumer son obligation d'entretien. Lorsque, même dans l'hypothèse d'un changement involontaire d'emploi, il se satisfait en connaissance de cause d'une activité lucrative lui rapportant des revenus moindres, il doit se laisser imputer le revenu qu'il serait, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, capable de réaliser en mettant à profit sa pleine capacité de gain (arrêt 5A\_224/2016 du 13 juin 2016 consid. 3.3 et les références). L'examen des exigences à remplir pour qu'on puisse considérer que le débirentier a tout mis en oeuvre pour continuer à assumer son obligation d'entretien et qu'il a donc démontré son incapacité à trouver un autre poste avec une rémunération similaire à celle qu'il percevait précédemment relève de l'appréciation du juge qui pourra sur ce point se montrer large pour tenir compte de critères tel que l'âge de la personne à la recherche d'un emploi (arrêt 5A\_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3).

#### **E. 4.2.2.2**

En l'espèce, le recourant ne démontre pas l'arbitraire de la décision attaquée qui lui reproche un manque d'assiduité à retrouver un emploi lui procurant un salaire équivalent à celui qu'il avait auprès de F.\_\_\_\_\_. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner si l'autorité cantonale a versé dans l'arbitraire en considérant que le recourant a démissionné de son poste auprès de F.\_\_\_\_\_ pour des raisons autres que médicales.

En effet, le recourant, détenteur d'un FMH en neurologie, a occupé le poste de médecin associé auprès de F.\_\_\_\_\_ dans le service relevant de sa discipline. Au vu de ses compétences, même à le suivre lorsqu'il soutient qu'il ne peut travailler qu'en milieu hospitalier et en français, son argumentation qui revient à dire qu'il n'a aucune opportunité de travailler en Suisse en hôpital, même dans une position hiérarchique différente de celle qui était la sienne auprès de F.\_\_\_\_\_, et que des contacts par courriels suffiraient à rendre ce fait vraisemblable, est largement insuffisante. L'autorité cantonale pouvait, sans arbitraire, lui reprocher de n'avoir fait, depuis sa démission, aucune postulation concrète, avec envoi d'un dossier complet, en Suisse et considérer en conséquence qu'il n'aurait pas entrepris de démarches sérieuses en Suisse. La vraisemblance du manque de motivation du recourant à trouver un emploi en Suisse est renforcée par le fait que ce dernier avait, en mars 2016 déjà, soit peu de temps après sa démission, signé un nouveau contrat de travail avec son employeur actuel, pour un salaire pourtant bien moindre que celui qu'il gagnait auprès de F.\_\_\_\_\_.

En outre et surtout, le recourant ne s'en prend pas à la constatation de l'autorité cantonale selon laquelle il a, de manière inexplicable, laissé passer le délai de postulation fixé lors de la mise au concours du poste de médecin chef de service de réadaptation en neurologie de la Clinique H.\_\_\_\_\_ de V.\_\_\_\_\_. Cet élément est pourtant décisif. En effet, à suivre le propre discours du recourant, il en est réduit à trouver un poste à responsabilité, en milieu hospitalier, en Suisse romande. Or, lorsque les postes dans lesquels le débirentier prétend lui-même pouvoir travailler sont à ce point rares, il n'est pas arbitraire de considérer qu'en

négligeant de saisir une occasion qui se présente pour l'un d'eux, l'intéressé ne fait pas preuve de toute la diligence nécessaire pour retrouver un emploi et répondre à ses obligations d'entretien. Le recourant n'amène en outre aucun élément qui permettrait de retenir que, dans le poste précité, il n'aurait pas obtenu un salaire identique à son précédent auprès de F.\_\_\_\_\_. Certes, des faits de la cause, il ressort que le poste a été confié - sans qu'on sache la date de l'entrée en fonction - en mars 2017 au plus tard et que le médecin qui l'occupait ne partait à la retraite qu'en 2018. Toutefois, faute d'arguments supplémentaires, notamment sur les possibilités du recourant d'occuper un poste en hôpital pour une période transitoire même dans une position hiérarchiquement différente de celle qu'il occupait auprès de F.\_\_\_\_\_ et sur le salaire qu'il gagnerait alors comparé au salaire qui est le sien actuellement, il n'apparaît pas arbitraire de considérer que le recourant pouvait assumer le paiement des pensions durant cette période.

Il suit de là que le grief d'arbitraire du recourant doit être rejeté dans tous ses aspects, dans la mesure où il est recevable.

### **E. 5.1**

L'autorité cantonale a constaté que l'intimée n'avait jamais exercé d'activité lucrative du temps de la vie commune, même avant la naissance des trois enfants du couple. Elle n'avait pas davantage achevé de formation professionnelle, puisqu'elle n'avait pas été en mesure de mener à terme ses études universitaires de psychologie entreprises en 1997, soit une année avant son mariage, et poursuivies pendant la vie commune, au gré de la naissance des enfants en 2002, 2004 et 2009. Après chaque naissance, elle avait interrompu ses études pendant une année environ pour se consacrer à sa famille. Il n'était pas contesté qu'en dehors de ces temps d'arrêt dans le déroulement de ses études, les enfants avaient fréquenté la garderie à 50% et avaient en outre été gardés par les grands-parents aux fins de permettre à l'épouse de poursuivre ses études. Il n'en demeurait pas moins que, d'une part, ces études étaient restées pour l'heure inachevées, la charge de trois jeunes enfants paraissant ou pouvant paraître difficilement compatible avec un cursus universitaire et que, d'autre part, elle n'avait pas eu d'activité professionnelle durant le mariage, l'époux pourvoyant seul à l'entretien de la famille. Il apparaissait ainsi que depuis au moins vingt ans, l'épouse n'avait occupé aucun emploi ni exercé aucune activité lucrative, de sorte que la jurisprudence relative au revenu hypothétique avait été correctement appliquée par le premier juge. En l'état et compte tenu de la répartition des tâches au sein du couple, on voyait mal quel type d'activité pourrait être exigé de l'épouse qui ne bénéficie d'aucune formation professionnelle achevée. Cela étant, après six ans de séparation et vu l'âge de la cadette, il convenait de l'encourager à tout mettre en oeuvre en vue de retrouver une activité lucrative, l'achèvement de ses études n'apparaissant pas insurmontable, et de contribuer à son propre entretien.

### **E. 5.2.1**

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire dans l'établissement des faits et l'application de l'art. 285 CC en considérant qu'aucun revenu hypothétique ne pouvait être imputé à l'intimée. Il lui fait grief de ne pas avoir tenu compte des déclarations de l'intimée à l'audience d'appel du 9 mars 2017. Il en résultait pourtant que celle-ci avait admis disposer de quatre journées et demie par semaine pour finaliser ses études. De plus, la décision était muette quant au fait - exposé dans le mémoire d'appel du 23 décembre 2016 - que malgré l'importance du temps à sa disposition tant pendant la vie commune que pendant les premières années de la séparation où il s'était occupé à 50% des

trois enfants, l'intimée n'avait cherché ni à terminer ses études ni à retrouver un emploi. L'autorité cantonale reconnaissait du reste, de manière paradoxale, que l'achèvement des études de l'intimée n'apparaissait pas insurmontable.

### **E. 5.2.2**

Dans une procédure de modification d'une contribution d'entretien, lorsque le juge admet qu'il existe un fait nouveau et, si la contribution concerne un enfant, que la charge d'entretien devient de ce fait déséquilibrée entre les deux parents, il doit en principe fixer à nouveau la contribution d'entretien après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation ( ATF 137 III 604 consid. 4.1; arrêt 5A\_332/2013 du 18 septembre 2013 consid. 3.1). Pour que le juge puisse procéder à cette actualisation, il n'est pas nécessaire que la modification survenue dans ces autres éléments constitue également un fait nouveau (arrêt 5A\_760/2016 du 5 septembre 2017 consid. 5.1 et les références).

### **E. 5.2.3**

En l'espèce, le fait nouveau qui a permis au premier juge d'entrer en matière sur la requête de modification des mesures provisionnelles est la baisse de salaire de 2'750 fr. environ que le recourant a subie lorsqu'il travaillait auprès de F.\_\_\_\_\_. Le recourant ne prétend pas que la situation de l'intimée aurait évolué depuis le prononcé des mesures provisionnelles du 15 septembre 2015, ni que le juge ayant alors statué aurait commis des erreurs dans son prononcé. Même sans se pencher sur la motivation de l'autorité cantonale, il n'est donc pas arbitraire, dans le résultat, de considérer qu'il n'y avait pas lieu d'actualiser la situation financière de l'intimée.

Il suit de là que le grief d'arbitraire doit être rejeté sur ce point également.

### **E. 6**

Vu l'absence de changement notable de la situation concernant la prise en charge des besoins des enfants, condition prévue à l' art. 13c 2

ème phr. Tit. fin. CC (cf.

supra consid. 3.2.2.2), l'arrêt attaqué qui a retenu dans une motivation arbitraire que les conclusions nouvelles du recourant étaient irrecevables (cf.

supra consid. 3.2.3) ne conduit pas à un résultat qui l'est aussi. En effet, il ne fait plus sens de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle examine les conclusions nouvelles du recourant si celui-ci ne peut pas prétendre faire modifier les pensions dues à ses enfants, faute de modification dans sa situation financière et dans celle de son ex-épouse (cf.

supra consid. 3.2.2, 4.2.2.2 et 5.2.3).

Il suit de là que les griefs d'arbitraire dans l'application des art. 407b et 52 CPC , ainsi que de violation de l' art. 29 al. 1 Cst. doivent être rejetés.

### **E. 7**

En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge du recourant qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Celui-ci versera à l'intimée la somme de 3'500 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral ( art. 68 al. 1 LTF ). Partant, la requête d'assistance judiciaire de l'intimée devient sans objet.

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