

# BGer 5A 946/2018 vom 6. März 2019

Bundesgericht, 2019-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_946\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_946_2018)

FR: TF 5A 946/2018 du 6 mars 2019

IT: TF 5A 946/2018 del 6 marzo 2019

## Regeste

mesures protectrices de l'union conjugale | 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 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a, 51 al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ). Le recours est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

### E. 2.1

Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 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 142 II 369 consid. 2.1; 142 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; 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; 142 II 369 consid. 4.3; 141 III 564 consid. 4.1 et les références). Partant, le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4).

### 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 recourant ne peut se limiter 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 et la référence).

### **E. 2.3**

En vertu des principes de la bonne foi ( art. 5 al. 3 Cst. ) et de l'épuisement des griefs ( art. 75 al. 1 LTF ), le recours n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions rendues par une autorité cantonale de dernière instance, ce qui signifie que les voies de droit cantonales doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel ( ATF 143 III 290 consid. 1.1 et les références; arrêt 5A\_904/2018 du 20 février 2019 consid. 1.3). Tous les moyens nouveaux sont ainsi exclus dans le recours en matière civile au sens de l' art. 98 LTF , que ceux-ci relèvent du fait ou du droit, sauf dans les cas où seule la motivation de la décision attaquée donne l'occasion de les soulever ( ATF 135 III 1 consid. 1.2; 134 III 524 consid. 1.3; 133 III 638 consid. 2; arrêt 5A\_904/2018 précité consid. 1.3). Ce principe s'applique également lorsqu'une partie n'a - comme en l'espèce - pas soulevé de moyen de droit dans la procédure cantonale et était de ce fait uniquement partie intimée (arrêt 5A\_351/2018 du 23 octobre 2018 consid. 2.2 et les références; cf. ég. arrêt 5A\_429/2018 du 21 novembre 2018 consid. 3). En l'occurrence, la cour cantonale a imparti un délai à l'époux pour répondre à l'appel et celui-ci a déposé sa réponse le 7 septembre 2018. Or, quand bien même la décision de première instance retenait déjà une base mensuelle LP de 850 fr. (1'700 fr. / 2) dans le budget de l'époux (cf. ordonnance du 14 août 2018, consid. 6b/bb p. 13), il n'apparaît pas qu'il s'en soit plaint dans sa réponse à l'appel (cf. arrêt attaqué, consid. 3.4 i.f. p. 15), alors qu'il aurait pu et dû le faire (parmi plusieurs: arrêts 4A\_258/2015 du 21 octobre 2015 consid. 2.4; 5A\_660/2014 du 17 juin 2015 consid. 4.2). Le recourant est dès lors forclos à se plaindre à ce stade, sous couvert de griefs d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'application des art. 93 LP et 285 CC et de violation des art. 8 Cst. (égalité de traitement), 7, 10 et 12 Cst. (dignité humaine) ainsi que 26 Cst. (garantie de la propriété), du fait que la cour cantonale a repris ce montant, et non celui de 1'200 fr. qu'il estime correct, au titre de ses charges mensuelles incompressibles (cf. arrêt attaqué, consid. 4a p. 7). Ce moyen est partant d'emblée irrecevable. Il en va de même du grief de violation arbitraire de l' art. 285 CC invoqué, à titre subsidiaire, dans le but d'ajouter des frais professionnels et de transport de 213 fr. par mois, lesquels n'ont pas été retenus par le premier juge (ordonnance du 14 août 2018, ibidem ) sans que le recourant s'en plaigne dans sa réponse à l'appel du 7 septembre 2018. Cela étant, il convient de rappeler que le principe d'égalité de traitement ( art. 8 al. 1 Cst. ) s'adresse à l'Etat et ne produit pas d'effet horizontal direct sur les relations entre personnes privées, de sorte que l'on ne peut s'en prévaloir à l'appui d'un recours dirigé contre une décision rendue dans une affaire opposant deux particuliers (parmi plusieurs: arrêt 5D\_59/2018 du 31 août 2018 consid. 3 et les références). Il en va de même de la garantie de la propriété ( art. 26 Cst. ; ATF 143 I 217 consid. 5.2; arrêt 5A\_408/2018 du 28 novembre 2018 consid. 3.2). Quant aux art. 7, 10 et 12 Cst. , invoqués par le recourant au motif que la décision entreprise l'empêcherait de mener une existence conforme à la dignité humaine, ils n'offrent pas de garantie plus étendue que celle qui résulte de l'application des art. 93 LP et 285 CC et n'ont donc pas de portée propre par rapport au moyen tiré de l'arbitraire (cf. arrêts 5A\_262/2018 du 4 juin 2018 consid. 3.3; 5A\_511/2010 du 4 février 2011 consid. 5).

### **E. 3**

Le recourant fait grief à la cour cantonale de lui avoir imputé un revenu hypothétique. Il se plaint à cet égard d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'application de l' art. 285 CC . Il invoque également la violation de son droit à la dignité humaine ( art. 7, 10 et 12 Cst. ) et de la garantie de la propriété ( art. 26 Cst. ), moyens sur lesquels il n'y a toutefois pas lieu d'entrer en matière (cf. supra consid. 2.3 i.f. ).

#### **E. 3.1**

Selon l' art. 285 al. 1 CC , la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère. L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé ( ATF 141 III 401 consid. 4.1; 140 III 337 consid. 4.3 et les références). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en particulier lorsque la situation financière est modeste ( ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt 5A\_47/2017 du 6 novembre 2017 consid. 8.2 non publié aux ATF 144 III 10 ), en sorte que les parents 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 (arrêts 5A\_764/2017 du 7 mars 2018 consid. 3.2; 5A\_119/2017 du 30 août 2017 consid. 4.1 et les références). 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, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. 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 à l'égard du mineur (arrêts 5A\_119/2017 précité consid. 4.1 et les références; 5A\_120/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1 et les références). Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires ( ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêts 5A\_47/2017 précité consid. 8.2; 5A\_21/2012 du 3 mai 2012 consid. 3.3). Les parents doivent ainsi s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail (arrêts 5A\_90/2017 du 24 août 2017 consid. 5.3.1; 5A\_513/2012 du 17 octobre 2012 consid. 4). Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit déterminer s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée 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. Ensuite, il doit vérifier 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). 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; arrêt 5A\_454/2017 du 17 mai 2018 consid. 6.1.1 non publié aux ATF 144 III 377 ).

#### **E. 3.2**

La cour cantonale a retenu en fait que l'époux était arrivé en Suisse en 1981, qu'il était sans formation, et qu'il avait travaillé comme aide-cuisinier. Selon ses déclarations faites en première instance, il avait oeuvré en cette qualité à temps partiel principalement, auprès de différents employeurs. Il avait ensuite dû s'inscrire au chômage, puis avait émargé aux services sociaux durant deux ans, avant de travailler comme cuisinier à 50%, pour un salaire mensuel net de 2'530 fr. Dès le mois de septembre 2017, il s'était inscrit auprès de deux agences de placement, sans que celles-ci ne parvinssent à lui trouver un emploi à plein temps. Par courrier du 9 octobre 2017, son contrat de travail avait été résilié pour le 31 décembre 2017, son employeur cessant son activité. Depuis le 1er janvier 2018, il percevait des indemnités de chômage à hauteur d'environ 1'550 fr. net par mois. Il avait produit au dossier des preuves des recherches d'emploi qu'il avait effectuées entre octobre 2017 et août 2018. La cour cantonale a ensuite constaté que les recherches de l'époux concernaient uniquement des postes d'aide de cuisine. A l'exception de contacts avec deux agences de placement en novembre 2017, il résultait des offres d'emploi produites - notamment de celles relatives à l'année 2018 - qu'il effectuait régulièrement dix recherches par mois, soit le minimum exigé par l'assurance-chômage, par des visites spontanées dans des restaurants. De telles recherches - qui ne concernaient pas des postes concrets mis sur le marché - n'avaient que des chances très limitées d'aboutir. L'époux n'établissait notamment pas qu'il aurait répondu à des offres concrètes d'emploi ou se serait inscrit sur des sites comme " jobup " et effectuerait des postulations à de telles offres concrètes auprès de ces sites. Les recherches effectuées étaient d'une qualité insuffisante, au vu de la jurisprudence stricte en la matière. En outre, on aurait pu attendre de l'intéressé qu'il étende ses recherches à d'autres types d'emploi ne nécessitant aucune formation, par exemple dans le domaine de la construction, voire en qualité " d'homme à tout faire " comme il l'admettait lui-même dans sa réponse. Par ailleurs, le fait que, pendant la vie commune, l'époux ait principalement travaillé à 50% ou été au chômage n'excluait pas de retenir qu'il lui incombait d'épuiser désormais entièrement sa capacité contributive, afin de subvenir aux besoins de son fils, de sorte que l'on pouvait exiger de lui qu'il ait un emploi à plein temps. Cela avait déjà été reconnu dans l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2017, sans que cela ne fût contesté, et il ne pouvait être revenu sur ce point dans le cadre de la présente procédure de modification, qui avait pour but d'adapter les mesures aux circonstances nouvelles et non pas de corriger ladite ordonnance. Dans un emploi comme aide de cuisine sans formation à plein temps, le recourant pourrait réaliser un salaire minimal de 3'435 fr. brut selon l'art. 10 CCNT (Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés), soit de l'ordre de 3'000 fr. net par mois. En outre, selon le calculateur individuel de salaire (2014) de l'Office fédéral de la statistique (" Salarium "), la valeur médiane brute (Cat. C) correspondant au profil salarial de l'époux (région lémanique, sans fonction de cadre, horaire hebdomadaire de 40 heures, sans formation professionnelle complète, 58 ans, 0 année de service, entreprise de 50 employés et plus, 12 salaires mensuels) se situait, à titre d'exemple, à 4'814 fr. brut par mois pour un poste de manoeuvre dans le domaine de la construction de bâtiment ou à 3'807 fr. brut par mois pour un poste d'aide de ménage dans le domaine de la restauration. Au vu de ces éléments, la cour cantonale a jugé adéquat d'imputer au recourant un revenu hypothétique d'au moins 3'000 fr. net par mois. Compte tenu de ce revenu, l'époux présentait un disponible de 1'224 fr. par mois après déduction de ses charges, lesquelles avaient été arrêtées par le premier juge à 1'776 fr. 05 et pouvaient être confirmées à hauteur de ce montant, celui-ci n'ayant pas été contesté (3'000 fr. - 1'776 fr.). Quant à l'épouse, son déficit mensuel était de 813 fr. 10

(1'840 fr [revenu mensuel net] - 2'653 fr. 10 [charges mensuelles incompressibles]) et devait être comblé par l'époux à titre de contribution de prise en charge. Il convenait d'y ajouter les coûts directs de l'enfant, qui s'élevaient au montant incontesté de 790 fr. 45 par mois. Partant, le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant ascendait à 1'603 fr. 55 par mois (813 fr. 10 + 790 fr. 45). Toutefois, le minimum vital de l'époux devant être préservé, la contribution d'entretien mensuelle due en faveur de l'enfant devait être arrêtée au montant arrondi de 1'200 fr.

### **E. 3.3**

Le recourant admet que la question de droit consistant à savoir s'il est possible d'exiger de lui qu'il exerce un emploi à plein temps a été " correctement développée par la décision entreprise ". En revanche, la cour cantonale n'aurait pas " développé ni motivé " la question de fait qu'est la possibilité réelle de trouver un emploi, laquelle ne serait pas " démontrée ". Le recourant reproche plus particulièrement à la cour cantonale de n'avoir fait qu'un simple renvoi théorique à la CCNT et d'avoir arbitrairement omis d'examiner s'il existait des possibilités réelles qu'il trouve un emploi dans le domaine couvert par cette convention collective ou dans un autre domaine. En outre, elle n'avait pas pris en compte dans son raisonnement qu'il était au chômage, qu'il faisait l'objet de poursuites, qu'il s'était inscrit dans deux agences de placement avant même de devoir quitter effectivement son ancien travail et qu'il avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour retrouver un emploi, effectuant correctement ses recherches d'emploi comme l'avait retenu le premier juge sur la base des décomptes de la Caisse cantonale de chômage. Le revenu hypothétique de 3'000 fr. n'était pas réalisable, ce que l'arrêt entrepris admettait d'ailleurs, et apparaissait comme une " sanction venant le punir ".

### **E. 3.4**

Le recourant ne remet à juste titre pas en cause la réponse donnée par la cour cantonale à la question de droit consistant à déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de lui qu'il travaille à plein temps (cf. recours, ch. 45 p. 10). L'arrêt querellé apparaît en effet, sur ce point, exempt de tout arbitraire. Le recourant ne s'en prend ainsi qu'à la réponse apportée à la question de fait de savoir s'il a la possibilité effective d'exercer l'activité déterminée par l'arrêt entrepris et de réaliser le revenu y afférent. Ce faisant, sauf à opposer de manière appellatoire sa propre appréciation de la cause, il ne critique pas, de manière conforme aux exigences strictes découlant du principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1), les motifs de l'arrêt attaqué. En particulier, il ne discute pas valablement l'opinion de la cour cantonale selon laquelle l'ordonnance du 26 juin 2017 demeurerait valable, faute d'avoir été contestée, en tant qu'elle avait retenu qu'il pouvait travailler à plein temps. Sauf à affirmer péremptoirement le contraire, il laisse aussi intact le constat opéré par le juge précédent selon lequel il n'avait pas fourni tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour épuiser sa capacité contributive. Or, de tels faits permettent sans arbitraire d'assimiler la situation du recourant à celle dans laquelle le débirentier diminue volontairement son revenu en renonçant à une activité lucrative, ce qui autorise en principe à imputer le revenu gagné précédemment avec effet rétroactif au jour de la diminution (parmi plusieurs: arrêts 5A\_571/2018 du 14 septembre 2018 consid. 5.1.2; 5A\_584/2016 du 14 février 2017 consid. 5.1 et les références). Dès lors, en ne fixant le revenu hypothétique du recourant qu'à hauteur de 3'000 fr. par mois - alors qu'il n'aurait pas été insoutenable de le maintenir au niveau retenu dans l'ordonnance du 26 juin 2017 compte tenu du constat, non valablement remis en cause, que le recourant n'avait pas entrepris toutes les démarches raisonnablement

exigibles pour accroître ses chances de retrouver un emploi -, l'arrêt entrepris ne saurait être taxé d'arbitraire. Autant que recevable, le moyen doit être rejeté.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Celui-ci étant d'emblée voué à l'échec, la requête d'assistance judiciaire du recourant doit être rejetée ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont donc mis à sa charge ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à répondre ( art. 68 al. 1 LTF ).

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