

# NE\_GERICHTE CACIV.2023.4 vom 10. März 2023

NE Tribunal cantonal, 2023-03-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2023.4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2023.4)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2023.4 du 10 mars 2023

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2023.4 del 10 marzo 2023

## Erwägungen

### E. 4

a) Le Tribunal civil a attribué la garde de fait à la mère, refusant de prononcer la garde alternée que le père demandait. Il a considéré, en se référant aux rapports de l'OPE, que les compétences parentales paraissaient exister chez les deux parents, mais que le climat actuel n'était pas favorable à une garde alternée. La mère acceptait le droit de visite du père et des ouvertures à celui-ci, mais précisait ne pas être prête à communiquer avec le père, tout en espérant que cela puisse changer un jour. Quant au père, il n'arrivait pas à mettre de côté son ressenti envers la mère, dans l'intérêt des enfants. Actuellement et comme déjà en juillet 2021, il était nécessaire d'éviter que les parents se croisent lors de l'échange des enfants. Les difficultés d'ordre relationnel s'opposaient à une garde alternée, selon l'enquêtrice de l'OPE. L'époux avait un emploi, alors que l'épouse n'en avait pas et était donc plus disponible. Durant la vie commune, l'épouse s'occupait principalement des enfants, du fait que son mari travaillait à plein temps et pas elle. À l'audience du 3 juillet 2020, les parties s'étaient accordées sur la garde provisoire à la mère, pérennisant la prise en charge des enfants qui prévalait durant la vie commune. Actuellement, les enfants étaient bien intégrés dans leur vie à Z.\_\_\_\_\_. La thérapeute du CNPea avait relevé une belle amélioration dans le suivi des enfants. Le rapport de l'OPE relevait qu'un retour des enfants à W.\_\_\_\_\_ ne serait pas conforme à leur intérêt. Le critère de la stabilité devait ainsi être privilégié. b) L'appelant expose que le manque de communication entre les parents résulte uniquement d'un refus obstiné de l'intimée de communiquer avec lui, refus qui ne repose sur aucune raison objective ; lui-même s'est toujours dit disposé à collaborer avec l'intimée, dans le strict cadre de leurs prérogatives parentales (étant rappelé que lors d'une audience devant le Tribunal civil, il a proposé une médiation, solution refusée par l'intimée). Le Tribunal civil a fait appel au critère de stabilité, mais ce critère n'est pas unique, ni même prioritaire. Si l'épouse s'occupait plus des enfants avant la séparation, c'était parce qu'elle travaillait à un taux d'occupation moindre, car elle n'avait pas trouvé d'emploi à un taux supérieur (mais l'appelant n'avait commencé à travailler qu'en mars 2018 ; avant cela, il était présent quotidiennement pour ses enfants). Si l'appelant a été d'accord, à l'audience du 3 juillet 2020, avec une attribution provisoire de la garde à la mère, c'était parce qu'auparavant, il avait été privé de tout contact avec les enfants et que la solution provisoire lui permettait de retrouver des relations personnelles – même limitées – avec eux ; il n'avait alors pas caché qu'il comptait demander une garde partagée. Dans son arrêt du 4 décembre 2020, la Cour d'appel civile a retenu que le déménagement dans le Bas du canton ne mettait pas en péril une garde partagée future, car la mère avait dit être disposée à envisager les dispositions nécessaires à son instauration. L'éloignement des domiciles ne justifie de toute manière pas le refus d'une garde alternée. Même dans le cadre d'une telle garde, les enfants pourraient rester scolarisés à Z.\_\_\_\_\_. Les enfants sont désormais en âge scolaire et le père pourra s'en occuper après sa journée de travail. On sait que les enfants adorent passer

du temps avec leur père. S'agissant des activités parascolaires, l'inscription du fils dans un club de football relevait d'une décision de l'intimée et le refus de l'appelant d'accepter un fait accompli, qui empiète sur le temps durant lequel il peut voir ses enfants, ne peut pas être retenu contre lui (et que l'enfant manque quelques matches de football n'est pas un problème). c) L'intimée prend acte du fait que les professionnels considèrent que les parents disposent de capacités éducatives quasi identiques, mais rappelle que l'appelant a eu des problèmes d'alcool pendant la vie commune. Même s'il a produit des tests, on ne peut pas se persuader qu'il serait totalement abstinent aujourd'hui. Pendant la vie commune, c'était la mère qui avait principalement la charge des enfants. Si l'intimée ne veut pas de contacts directs avec l'appelant, c'est parce que ce dernier refuse une médiation préalable pour aplanir les conflits et vit dans le déni des problèmes rencontrés durant la vie commune. Une garde alternée est exclue, en raison des difficultés relationnelles persistantes entre les parents. Comme l'OPE l'a relevé, l'appelant n'est pas prêt à assumer les contraintes d'une garde alternée. Par exemple, il refuse d'amener son fils aux entraînements de football pendant l'exercice de son droit de visite. d) D'après l'article 298 al. 2 ter CC, applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, l'autorité de protection de l'enfant – en l'occurrence, le juge civil – examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant le demande. Selon la jurisprudence (arrêts du TF du 12.07.2021 [5A\_648/2020] cons. 3.2.1 et du 19.01.2021 [5A\_991/2019] cons. 5), la garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant d'une façon alternée pour des périodes plus ou moins égales, pouvant être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. L'autorité compétente doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant. Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Concrètement, le Tribunal fédéral retient (arrêt du 19.01.2021 précité, cons. 5.1.2) que l'autorité compétente doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. À cette fin, elle doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives et s'il existe une bonne capacité et volonté de ceux-ci de communiquer et coopérer, compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. À cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre eux portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt. Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, l'autorité compétente doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure – en ce sens notamment qu'une garde alternée sera

instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation –, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social, ainsi que le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Ces critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge, alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation. Si l'autorité compétente arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, elle devra alors déterminer auquel des deux parents elle attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent. En la matière, l'autorité compétente, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du 19.02.2021 précité, cons. 5.1.3). e) En l'espèce, chacun des deux parents dispose de capacités éducatives suffisantes pour s'occuper des enfants. Ce n'est pas contesté. Avant la séparation, la mère s'occupait forcément plus des enfants que son mari, puisqu'elle ne travaillait qu'à temps partiel, alors qu'il occupait un emploi à plein temps. Peu importe que l'épouse ait peut-être recherché, mais pas trouvé, un emploi à un taux d'activité supérieur au sien, puisqu'il s'agit ici de déterminer lequel des deux parents s'occupait, dans les faits, plus des enfants. Après la séparation, en juin 2020, elle a d'abord assumé la totalité des soins aux enfants, puisque les contacts avec le père ont été interrompus. Ces contacts ont repris dès septembre 2020, suite à un accord passé entre les parents à l'audience de juillet 2020, mais il s'agissait alors d'un droit de visite très limité, au Point rencontre. Ce droit de visite a ensuite été étendu, mais l'essentiel des soins aux enfants a, jusqu'à ce jour, été assumé par la mère, qui n'avait en outre plus d'emploi. On peut cependant donner acte à l'appelant que ses contacts actuels avec les enfants, dans le cadre d'un droit de visite usuel, se passent bien et que les enfants ont du plaisir à être avec lui. Les parents, en raison des conflits qui les opposent, ne sont apparemment pas capables – en l'état – de communiquer et coopérer, sur les questions relatives aux enfants ou à tout autre sujet d'ailleurs. L'appelant soutient que cela relève de la faute exclusive de l'épouse. On ne peut pas le suivre sur ce terrain. En effet, on peut comprendre que l'intimée, après ce qu'elle a vécu jusqu'au moment de la séparation (vie avec un mari qui abusait de l'alcool et dont le comportement avait justifié des interventions de la police), souhaite mettre de la distance et craigne les contacts directs, même si elle espère – comme elle l'a dit dans le cadre de l'enquête sociale – que cette situation puisse se normaliser à l'avenir. L'OPE admet la justification d'un Point échange, ce qu'il ne ferait pas s'il considérait la position de l'épouse comme irrationnelle à cet égard. Le constat s'impose qu'en l'état, les parents ne peuvent pas communiquer et coopérer de manière suffisante, compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite une garde alternée, ceci sans qu'on puisse imputer cette situation à une mauvaise volonté de l'épouse, exclusivement. Les échanges dans la présente procédure n'incitent au demeurant pas à l'optimisme, quant à une prochaine reprise d'un dialogue constructif suffisant. Les logements des deux parents ne se trouvent pas dans la même localité, la mère vivant à

Z. \_\_\_\_\_ et le père à W. \_\_\_\_\_, ces lieux étant séparés d'une vingtaine de kilomètres par la route et les déplacements en transports publics prenant passablement de temps. La situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents ne sont donc pas idéales pour une garde alternée. À l'heure actuelle, la mère exclut un déménagement pour se rapprocher du domicile du père (ce qu'elle aurait éventuellement envisagé en 2020) et ce dernier n'envisage pas non plus de déménager. Selon l'OPE, les enfants sont maintenant bien intégrés à Z. \_\_\_\_\_. Un déménagement nuirait à cette intégration. Même si cela ne serait pas impossible, des déplacements quotidiens des enfants entre W. \_\_\_\_\_ et le lieu de scolarité, pendant les périodes de garde au père, ne seraient pas idéales pour leur développement. Il est vrai que l'argument tiré des lieux de domicile peut sembler injuste au père, mais ce n'est pas l'unique critère qui plaide en défaveur d'une garde partagée (cf. plus haut). Au demeurant, c'est la situation actuelle qui doit être prise en considération, dans la mesure où il s'agit de veiller à l'intérêt des enfants, sans que d'autres considérations puissent relativiser cette nécessité (étant au surplus rappelé qu'au moment de la séparation, en juin 2020, l'épouse avait dû se réfugier dans un foyer, avec les enfants, qu'en juillet 2020, le domicile conjugal avait été attribué au mari, que l'épouse devait donc bien se trouver un nouveau logement et qu'on peut comprendre que, dans les circonstances du moment, elle ait souhaité mettre de la distance géographique entre son mari, d'une part, et elle et les enfants, d'autre part). Une garde alternée aurait pour effet que les enfants, ne pouvant pas fréquenter deux établissements scolaires différents, devraient chaque semaine être transportés plusieurs fois d'une localité à l'autre, au moins pour aller à l'école, et ne pourraient pas entretenir avec leurs camarades d'école les relations quotidiennes, hors du cadre scolaire, dont beaucoup d'enfants de cet âge profitent. Elle nuirait aux activités extrascolaires, soit sportives, des enfants, telles que décrites dans le rapport de l'OPE. Actuellement, le droit de visite du père s'exerce normalement, selon des modalités usuelles. L'appelant ne soutient d'ailleurs pas que l'intimée n'aurait pas la capacité et la volonté de favoriser les contacts avec lui. C'est même le contraire qui résulte du rapport de l'OPE, qui relève que l'intimée fait le nécessaire pour que les week-ends avec le père ne soient pas entravés. Le maintien de la situation actuelle apporterait aux enfants une plus grande stabilité qu'une garde alternée. Les enfants vivent en effet avec leur mère depuis juin 2020, soit depuis 2 ½ ans. L'appelant avait admis le maintien de cette solution, lors de l'audience du 3 juillet 2020. Qu'il ait réservé la possibilité de demander une garde alternée dans le futur n'y change rien. La mère ne travaille plus, ses recherches d'emploi ayant été infructueuses jusqu'à aujourd'hui. Elle est ainsi, forcément, plus disponible pour s'occuper des enfants que son mari, lequel travaille à plein temps, et le serait encore même si elle retrouvait, à terme, un emploi à 50 % (cf. plus loin), les enfants étant désormais scolarisés. L'assez large droit aux relations personnelles dont le père bénéficie actuellement permet à celui-ci de conserver une relation assez étroite avec ses enfants, comme le maintien – vu l'absence de décision contraire – de l'autorité parentale conjointe permet au père de participer aux décisions importantes concernant le suivi et l'avenir des enfants. Dans ces conditions, il faut admettre que, si on se place dans la perspective de l'intérêt des enfants, en mettant à part les autres considérations, la garde alternée ne constitue pas une solution idoine, au moins en l'état actuel des choses. L'appel est mal fondé sur ce point.

## **E. 6**

a) Pour le mari, le Tribunal civil a retenu un disponible, par mois et hors impôts, de 456 francs jusqu'au 30 septembre 2020, puis 568 francs jusqu'au 30 octobre 2021, puis 1'329 francs dès le 1<sup>er</sup> novembre 2021. Il a notamment tenu compte, dans les charges, d'une

prime d'assurance-maladie de 289 francs par mois. b) L'appelant reproche à la première juge de ne pas avoir compté, dans ses charges, un montant de 100 francs par enfant, soit 200 francs par mois, pour les frais d'exercice du droit de visite (trajets entre V. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_ et frais de nourriture quand les enfants sont chez lui) ; il soutient que le Tribunal fédéral admet que les frais liés au droit de visite font partie du minimum vital ( ATF 147 III 265 ). Il demande en outre que l'on tienne compte du fait que sa prime d'assurance-maladie est passée à 324 francs par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 (fait nouveau). Il en déduit que son disponible mensuel, hors impôts, est de 256 francs jusqu'au 30 septembre 2020, puis 368 francs jusqu'au 31 octobre 2021, puis 1'129 francs jusqu'au 31 décembre 2022 et enfin 1'094 francs dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. d) Selon la jurisprudence, les frais qu'entraîne l'exercice du droit de visite pour le parent qui n'a pas la garde des enfants ne font pas partie des besoins incompressibles des parents et des enfants, dont il convient de tenir compte pour fixer les contributions d'entretien quand la situation de la famille ne permet pas de se fonder sur le minimum vital du droit de la famille ; ces frais d'exercice du droit de visite sont en revanche pris en compte lorsque le minimum vital du droit de la famille sert de base de calcul à l'entretien convenable (arrêt du TF du 18.03.2022 [5A\_803/2021] cons. 3.1, qui se réfère à l' ATF 147 III 265 cons. 7.2, mentionné par l'appelant). En l'espèce, ce sont bien les besoins incompressibles des parents et des enfants qu'il faut prendre en compte, les moyens des intéressés ne permettant pas que le calcul se fonde sur le minimum vital du droit de la famille : ces moyens sont insuffisants pour même couvrir les besoins vitaux, incompressibles, de l'ensemble des membres de la famille ; l'appelant ne soutient pas le contraire et le constat serait identique si on suivait l'époux dans les différentes conclusions qu'il formule à ce stade. Dès lors, il n'y a pas lieu de tenir compte des frais d'exercice du droit de visite par le père.

#### **E. 10**

a) Le Tribunal civil a refusé d'imputer un revenu hypothétique à l'épouse. Il a retenu qu'un emploi à 50 % pourrait entrer en considération, en fonction de l'âge des enfants. Cependant, l'épouse avait épuisé ses indemnités de chômage. Le mari n'alléguait pas qu'elle n'aurait pas effectué les recherches d'emploi nécessaires. Aucune pénalité ne ressortait des fiches d'indemnités déposées. b) Selon l'appelant, il n'avait pas à contester spécifiquement le détail des recherches d'emploi de l'intimée, les règles relatives aux postulations requises par l'assurance-chômage n'étant au demeurant pas déterminantes, ni pertinentes dans l'examen d'un revenu hypothétique. Que la requérante ait fait les recherches requises pour obtenir des indemnités de chômage ne suffit pas pour retenir une impossibilité concrète de trouver un emploi. Il existe de nombreux emplois qui peuvent être exercés à 50 %, sans disposer de qualifications particulières (caissière, vendeuse, agente d'entretien, femme de ménage, maman de jour, aide-soignante, auxiliaire de vie) ; dans le canton, tous les emplois procurent au moins le salaire minimal, soit, à 100 % et par mois, 3'655 francs en 2022 et 3'780 francs en 2023. Après déduction des cotisations sociales, par 8 %, et au taux exigible de 50 %, le revenu hypothétique doit être fixé à 1'681.30 francs par mois en 2022, soit dès la fin du droit au chômage, et 1'738.80 francs en 2023. Il est pertinent de déterminer si un revenu hypothétique doit être imputé à l'épouse, car l'entretien convenable des enfants comprend une contribution de prise en charge à hauteur du déficit de l'intimée. Retenir un revenu hypothétique aura pour effet de réduire l'entretien convenable des enfants et, partant, le risque que l'appelant se voie appliquer l'article 286a CC s'il devait en remplir les conditions. c) L'intimée rappelle qu'elle a produit les preuves de ses recherches d'emploi infructueuses, pour toute la période à prendre en considération. Elle se trouve à nouveau en

arrêt maladie et il est probable qu'une demande de réorientation sera déposée auprès de l'AI. Si elle réalisait un salaire pour une activité à 50 %, celui-ci ne pourrait pas dépasser le revenu minimum applicable dans le canton de Neuchâtel, soit environ 2'000 francs. Dans cette hypothèse, il faudrait encore tenir compte d'une contribution de prise en charge pour le reste du temps que l'intimée consacre aux enfants. Les développements de l'appelant sur le revenu hypothétique sont superfétatoires. d) L'appelant réplique en soutenant qu'il n'est pas établi que l'incapacité de travail de l'intimée, invoquée pour la première fois en appel, serait durable. Les certificats médicaux produits ne font pas état d'une incapacité durable ou définitive, et encore moins qu'elle s'appliquerait à tous types de tâches. Des démarches auprès de l'AI ne sont pas documentées. L'appelant n'a pas contesté, sur le principe, qu'un éventuel déficit donnerait droit à une contribution de prise en charge, mais seulement que le montant de celle-ci a été surévalué en première instance. e) Pour fixer les contributions d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir 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 qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019] cons. 5.1.1). Le créancier peut 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. Selon les circonstances, le créancier d'entretien pourra ainsi être contraint d'exercer une activité lucrative ou d'augmenter le taux de celle-ci (arrêt du TF du 23.08.2017 [5A\_97/2017] cons. 7.1.1 et 7.1.2). Quand il s'agit d'assurer l'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, 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 (arrêt du TF du 08.06.2021 [5A\_1040/2020] cons. 3.1.1). Lorsqu'il entend tenir compte d'un revenu hypothétique, le juge doit d'abord déterminer s'il peut raisonnablement être 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 (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019] cons. 5.1.1). Pour trancher cette question, 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 (arrêts du TF du 02.04.2020 [5A\_745/2019] cons. 3.2.1 et du 23.08.2017 [5A\_97/2017] cons. 7.1.1 et 7.1.2). Quand la situation de la famille est modeste et en présence d'enfants mineurs, 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 ; les parents doivent s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail (arrêt du TF du 06.03.2019 [5A\_946/2018] cons. 3.1). Ensuite, le juge 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 (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019] cons. 5.1.1). 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 (arrêt du TF du 23.08.2017 [5A\_97/2017] cons. 7.1.1 et 7.1.2). Le Tribunal fédéral retient en outre que si le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement lui accorder un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation ; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas particulier (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019] cons. 5.1.3). Un revenu hypothétique peut cependant être imputé rétroactivement à la partie créancière d'entretien, lorsque celle-ci n'a pas accompli les démarches que l'on pouvait attendre d'elle pour mettre à profit sa capacité de gain, car il lui incombe d'assumer son omission et les conséquences qui en découlent ; il est dès lors admissible de lui imputer les revenus qu'elle aurait été en mesure de réaliser (arrêt de la Cour d'appel civile du 09.02.2022 [CACIV.2021.85] cons. 2). f) En l'espèce, il n'est pas contesté qu'en fonction de l'âge des enfants, on pourrait actuellement exiger de l'épouse qu'elle occupe un emploi à 50 %. Il est en outre constant que l'intimée n'a plus exercé d'activité lucrative depuis un certain temps déjà et qu'elle a bénéficié d'indemnités de l'assurance-chômage jusqu'au 30 septembre 2022, date de la fin du délai-cadre. L'appelant ne soutient pas qu'elle aurait été sanctionnée par l'assurance-chômage en raison de recherches d'emploi insuffisantes. On peut donc admettre qu'elle a, durant sa période de chômage, effectué les recherches qui étaient exigées d'elle sur le plan administratif, ceci sans succès (mais, comme le relève l'appelant en se référant à juste titre à l'arrêt du TF du 18.01.2023 [5A\_489/2022] cons. 6.2, ce n'est pas forcément suffisant au regard du droit de la famille, les critères obligeant à accepter tel ou tel emploi divergeant entre les deux domaines). Elle a continué ses recherches après la fin de son droit aux indemnités, toujours sans succès. Elle les a interrompues, en raison d'une incapacité de travail ; sur la base des certificats produits en appel, il faut retenir que l'intimée est en incapacité de travail, pour cause de maladie, depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2022 et pour une durée indéterminée ; le premier certificat précisait : « inaptitude actuellement au placement à un poste dans le commerce de détail pour des raisons médicales ». Cela ne veut pas dire qu'une reprise d'une activité professionnelle serait durablement impossible, ni que l'intimée ne pourrait pas prochainement travailler dans une autre branche que le commerce de détail, ceci d'autant plus que le deuxième certificat fixe au 5 février 2023 la fin de l'incapacité de travail de l'épouse et qu'ayant renoncé à dupliquer le 3 mars 2023, on peut supposer qu'elle ne subit désormais plus d'incapacité de travail. Les conditions actuelles du marché de l'emploi sont assez favorables. L'intimée devrait donc être en mesure de retrouver du travail dans un avenir relativement rapproché, moyennant qu'elle accepte – ce qu'on peut exiger d'elle, au sens de la jurisprudence rappelée plus haut – de s'engager dans une activité qui ne nécessite pas de formation professionnelle et rapporte le salaire minimal, tel qu'il est défini dans le canton de Neuchâtel. À cet égard, une prise d'emploi devrait être possible, vu le profil de l'intimée, dans un domaine d'activité où règne assez notablement une certaine pénurie de main d'œuvre, comme par exemple celui d'agente d'entretien, de femme de ménage ou d'aide-soignante. Il paraît équitable d'accorder à l'intimée un certain délai pour cela et un revenu hypothétique lui sera imputé depuis le 1<sup>er</sup> juin 2023. Ce revenu peut être estimé, comme le propose l'appelant, au salaire minimal en vigueur dans le canton de Neuchâtel ; à 100 % et par mois, cela représenterait 3'780 francs ; après déduction des cotisations sociales et au taux exigible de 50 %, on retiendra un revenu hypothétique d'environ 1'700 francs.

### **E. 13**

f) L'assistance judiciaire ne dispense pas du versement des dépens à la partie adverse (art. 118 al. 3 CPC). Dès lors, en cas de perte du procès, le droit constitutionnel à l'assistance

judiciaire ne dispense pas de payer à la partie adverse des dépens calculés de la manière usuelle. L'obligation, pour la partie plaidant à l'assistance judiciaire, de payer les dépens vaut aussi lorsque la partie adverse bénéficie également de l'assistance judiciaire. La partie adverse supporte le risque d'insolvabilité du débiteur des dépens qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il n'y a ainsi aucun droit à indemnisation contre l'État, pour la partie gagnante. Quand les deux parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire, le mandataire de la partie qui obtient gain de cause est indemnisé par le canton, dans la mesure où les dépens ne pourront pas être obtenus de la partie adverse, le canton étant ensuite subrogé à concurrence du montant versé (art. 122 al. 2 CPC). Si une partie plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, les dépens ne peuvent être compensés, à mesure que ceux dus par la partie non assistée à la partie assistée ne doivent pas être versés directement à cette dernière, mais à l'État, vu l'assistance judiciaire dont elle bénéficie. Le même principe doit valoir quand les deux parties bénéficient de l'assistance judiciaire (cf. arrêt de la Cour d'appel civile du 08.09.2021 [ CACIV.2021.48 ] cons. 6, avec les références, et RJN 2020 p. 189 ). En l'espèce, les deux parties plaidaient au bénéfice de l'assistance judiciaire. Aucun relevé final d'activité ne figure au dossier de première instance. On peut supposer que, de part et d'autre, les indemnités d'avocats d'office se monteront à 4'500 francs environ, vu la durée de la procédure et les mémoires intermédiaires déposés. Dès lors, les indemnités de dépens seront fixées à 3'000 francs en faveur de l'épouse et 1'500 francs en faveur du mari, les deux indemnités étant payables en mains de l'État.

#### **E. 50**

%, le revenu hypothétique doit être fixé à 1'681.30 francs par mois en 2022, soit dès la fin du droit au chômage, et 1'738.80 francs en 2023. Il est pertinent de déterminer si un revenu hypothétique doit être imputé à l'épouse, car l'entretien convenable des enfants comprend une contribution de prise en charge à hauteur du déficit de l'intimée. Retenir un revenu hypothétique aura pour effet de réduire l'entretien convenable des enfants et, partant, le risque que l'appelant se voie appliquer l'article 286a CC s'il devait en remplir les conditions.

c) L'intimée rappelle qu'elle a produit les preuves de ses recherches d'emploi infructueuses, pour toute la période à prendre en considération. Elle se trouve à nouveau en arrêt maladie et il est probable qu'une demande de réorientation sera déposée auprès de l'AI. Si elle réalisait un salaire pour une activité à 50 %, celui-ci ne pourrait pas dépasser le revenu minimum applicable dans le canton de Neuchâtel, soit environ 2'000 francs. Dans cette hypothèse, il faudrait encore tenir compte d'une contribution de prise en charge pour le reste du temps que l'intimée consacre aux enfants. Les développements de l'appelant sur le revenu hypothétique sont superfétatoires.

d) L'appelant réplique en soutenant qu'il n'est pas établi que l'incapacité de travail de l'intimée, invoquée pour la première fois en appel, serait durable. Les certificats médicaux produits ne font pas état d'une incapacité durable ou définitive, et encore moins qu'elle s'appliquerait à tous types de tâches. Des démarches auprès de l'AI ne sont pas documentées. L'appelant n'a pas contesté, sur le principe, qu'un éventuel déficit donnerait droit à une contribution de prise en charge, mais seulement que le montant de celle-ci a été surévalué en première instance.

e) Pour fixer les contributions d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir

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 qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019]cons. 5.1.1). Le créancier peut 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. Selon les circonstances, le créancier d'entretien pourra ainsi être contraint d'exercer une activité lucrative ou d'augmenter le taux de celle-ci (arrêt du TF du 23.08.2017 [5A\_97/2017]cons. 7.1.1 et 7.1.2). Quand il s'agit d'assurer l'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, 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 (arrêt du TF du 08.06.2021 [5A\_1040/2020]cons. 3.1.1).

Lorsqu'il entend tenir compte d'un revenu hypothétique, le juge doit d'abord déterminer s'il peut raisonnablement être 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 (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019]cons. 5.1.1). Pour trancher cette question, 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 (arrêts du TF du 02.04.2020 [5A\_745/2019]cons. 3.2.1 et du 23.08.2017 [5A\_97/2017]cons. 7.1.1 et 7.1.2). Quand la situation de la famille est modeste et en présence d'enfants mineurs, 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 ; les parents doivent s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail (arrêt du TF du 06.03.2019 [5A\_946/2018]cons. 3.1).

Ensuite, le juge 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 (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019]cons. 5.1.1). 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 (arrêt du TF du 23.08.2017 [5A\_97/2017]cons. 7.1.1 et 7.1.2).

Le Tribunal fédéral retient en outre que si le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement lui accorder un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation ; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas particulier (arrêt du TF du 09.12.2020 [5A\_600/2019]cons. 5.1.3). Un revenu hypothétique peut cependant être imputé rétroactivement à la partie créancière d'entretien, lorsque celle-ci n'a pas accompli les démarches que l'on pouvait attendre d'elle pour mettre à profit sa capacité de gain, car il lui incombe d'assumer son omission et les conséquences qui en découlent ; il est dès lors admissible de lui imputer les revenus qu'elle aurait été en mesure de réaliser (arrêt de la Cour d'appel civile du 09.02.2022 [CACIV.2021.85] cons. 2).

f) En l'espèce, il n'est pas contesté qu'en fonction de l'âge des enfants, on pourrait actuellement exiger de l'épouse qu'elle occupe un emploi à 50 %. Il est en outre constant que l'intimée n'a plus exercé d'activité lucrative depuis un certain temps déjà et qu'elle a bénéficié d'indemnités de l'assurance-chômage jusqu'au 30 septembre 2022, date de la fin du délai-cadre. L'appelant ne soutient pas qu'elle aurait été sanctionnée par l'assurance-chômage en raison de recherches d'emploi insuffisantes. On peut donc admettre qu'elle a, durant sa période de chômage, effectué les recherches qui étaient exigées d'elle sur le plan administratif, ceci sans succès (mais, comme le relève l'appelant en se référant à juste titre à l'arrêt du TF du 18.01.2023 [5A\_489/2022] cons. 6.2, ce n'est pas forcément suffisant au regard du droit de la famille, les critères obligeant à accepter tel ou tel emploi divergeant entre les deux domaines). Elle a continué ses recherches après la fin de son droit aux indemnités, toujours sans succès. Elle les a interrompues, en raison d'une incapacité de travail ; sur la base des certificats produits en appel, il faut retenir que l'intimée est en incapacité de travail, pour cause de maladie, depuis le 1er décembre 2022 et pour une durée indéterminée ; le premier certificat précisait : « inaptitude actuellement au placement à un poste dans le commerce de détail pour des raisons médicales ». Cela ne veut pas dire qu'une reprise d'une activité professionnelle serait durablement impossible, ni que l'intimée ne pourrait pas prochainement travailler dans une autre branche que le commerce de détail, ceci d'autant plus que le deuxième certificat fixe au 5 février 2023 la fin de l'incapacité de travail de l'épouse et qu'ayant renoncé à dupliquer le 3 mars 2023, on peut supposer qu'elle ne subit désormais plus d'incapacité de travail. Les conditions actuelles du marché de l'emploi sont assez favorables. L'intimée devrait donc être en mesure de retrouver du travail dans un avenir relativement rapproché, moyennant qu'elle accepte ■ ce qu'on peut exiger d'elle, au sens de la jurisprudence rappelée plus haut ■ de s'engager dans une activité qui ne nécessite pas de formation professionnelle et rapporte le salaire minimal, tel qu'il est défini dans le canton de Neuchâtel. À cet égard, une prise d'emploi devrait être possible, vu le profil de l'intimée, dans un domaine d'activité où règne assez notoirement une certaine pénurie de main d'œuvre, comme par exemple celui d'agent(e) d'entretien, de femme de ménage ou d'aide-soignante. Il paraît équitable d'accorder à l'intimée un certain délai pour cela et un revenu hypothétique lui sera imputé depuis le 1er juin 2023. Ce revenu peut être estimé, comme le propose l'appelant, au salaire minimal en vigueur dans le canton de Neuchâtel ; à 100 % et par mois, cela représenterait 3'780 francs ; après déduction des cotisations sociales et au taux exigible de 50 %, on retiendra un revenu hypothétique d'environ 1'700 francs.

13.f) L'assistance judiciaire ne dispense pas du versement des dépens à la partie adverse (art. 118 al. 3 CPC). Dès lors, en cas de perte du procès, le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire ne dispense pas de payer à la partie adverse des dépens calculés de la manière usuelle. L'obligation, pour la partie plaidant à l'assistance judiciaire, de payer les dépens vaut aussi lorsque la partie adverse bénéficie également de l'assistance judiciaire. La partie adverse supporte le risque d'insolvabilité du débiteur des dépens qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il n'y a ainsi aucun droit à indemnisation contre l'État, pour la partie gagnante. Quand les deux parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire, le mandataire de la partie qui obtient gain de cause est indemnisé par le canton, dans la mesure où les dépens ne pourront pas être obtenus de la partie adverse, le canton étant ensuite subrogé à concurrence du montant versé (art. 122 al. 2 CPC). Si une partie plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, les dépens ne peuvent être compensés, à mesure que ceux dus par la partie non assistée à la partie assistée ne doivent pas être versés

directement à cette dernière, mais à l'État, vu l'assistance judiciaire dont elle bénéficie. Le même principe doit valoir quand les deux parties bénéficient de l'assistance judiciaire (cf. arrêt de la Cour d'appel civile du 08.09.2021 [CACIV.2021.48] cons. 6, avec les références, etRJN 2020 p. 189).

En l'espèce, les deux parties plaidaient au bénéfice de l'assistance judiciaire. Aucun relevé final d'activité ne figure au dossier de première instance. On peut supposer que, de part et d'autre, les indemnités d'avocats d'office se monteront à 4'500 francs environ, vu la durée de la procédure et les mémoires intermédiaires déposés. Dès lors, les indemnités de dépens seront fixées à 3'000 francs en faveur de l'épouse et 1'500 francs en faveur du mari, les deux indemnités étant payables en mains de l'État.

Par ces motifs, LA COUR D'APPEL CIVILE

1. Admet partiellement l'appel.

2. Réforme le chiffre 6 du dispositif de la décision entreprise, qui devient :

« 6. Dit que l'entretien convenable de C. \_\_\_\_\_ est, par mois, de 1'502 francs jusqu'au 30 septembre 2022, 1'870 francs du 1er octobre 2022 au 31 mai 2023 et 1'339 francs dès le 1er juin 2023 (une allocation familiale étant à déduire de tous ces montants) ».

3. Réforme le chiffre 7 du dispositif de la décision entreprise, qui devient :

« 7. Dit que l'entretien convenable de D. \_\_\_\_\_ est, par mois, de 1'534 francs jusqu'au 30 septembre 2022, 1'902 francs du 1er octobre 2022 au 31 mai 2023 et 1'371 francs dès le 1er juin 2023 (une allocation familiale étant à déduire de tous ces montants) ».

4. Réforme le chiffre 8 du dispositif de la décision, en ce sens que les contributions d'entretien fixées en première instance sont confirmées pour la période allant jusqu'au 31 décembre 2022, mais qu'elles sont fixées, dès le 1er janvier 2023, à 647 francs par mois et par enfant.

5. Réforme le chiffre 9 du dispositif de la décision entreprise, qui devient :

« 9. Arrête les frais judiciaires à 1'200 francs et les met à la charge de l'épouse à raison de 400 francs et à la charge de l'époux à raison de 800 francs, sous réserve des règles sur l'assistance judiciaire ».

6. Réforme le chiffre 10 du dispositif de la décision entreprise, qui devient :

« 10a. Condamne l'époux à verser à l'épouse une indemnité de dépens de 3'000 francs, payables en mains de l'État à concurrence de l'indemnité qui sera accordée à Me B. \_\_\_\_\_.

10b. Condamne l'épouse à verser à l'époux une indemnité de dépens de 1'500 francs, payables en mains de l'État à concurrence de l'indemnité qui sera accordée à Me A. \_\_\_\_\_ ».

7. Confirme la décision entreprise pour le surplus.

8. Accorde à X. \_\_\_\_\_ l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel et désigne Me A. \_\_\_\_\_ en qualité de mandataire d'office.

9. Fixe à 2'239.10 francs, frais et TVA inclus, l'indemnité d'avocat d'office due à Me A. \_\_\_\_\_ pour la procédure d'appel.

10. Accorde à Y. \_\_\_\_\_ l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel et désigne Me B. \_\_\_\_\_ en qualité de mandataire d'office.

11. Fixe à 1'000 francs, frais et TVA inclus, l'indemnité d'avocate d'office due à Me B. \_\_\_\_\_ pour la procédure d'appel.

12. Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 2'000 francs et les met à la charge de l'appelant par 1'600 francs et à celle de l'intimée par 400 francs, sous réserve des règles sur l'assistance judiciaire.

13. Condamne l'appelant à verser à l'intimée une indemnité de dépens partielle de 800 francs pour la procédure d'appel, payable en mains de l'État.

14. Condamne l'intimée à verser à l'appelant une indemnité de dépens partielle de 450 francs pour la procédure d'appel, payable en mains de l'État.

Neuchâtel, le 10 mars 2023

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