

Tribunal fédéral – 5A_252/2023
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 27 septembre 2023 (f)

Mesures protectrices

Garde des enfants,
entretien, revenu
hypothétique

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC



Entretien d'enfants mineur-es (art. 176 al. 1 ch. 1 CC) – revenu hypothétique des parents. Rappel de principes (consid. 4 et 4.1).

Idem – taux d'activité exigible du parent gardien. Rappel de principes (consid. 4.2).

Selon l'application stricte des lignes directrices sur les paliers, il peut être attendu d'un parent exerçant une garde alternée qu'il travaille à un taux de 75% – et non de 50% – lorsque l'enfant entre à l'école obligatoire. Dans un tel cas, retenir un revenu hypothétique pour un taux d'activité à 80% n'est pas nécessairement arbitraire, compte tenu du fait que les autorités cantonales peuvent s'écarter de ces principes en fonction des circonstances concrètes (consid. 5).

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, von Werdt, Schöbi, Bovey et De Rossa.
Greffière : Mme Dolivo.

Participants à la procédure

A.A.,
représentée par Me Stéphanie Künzi, avocate,
recourante,

contre

B.A.,
représenté par Me Jean-Paul Salamin, avocat,
intimé.

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale (contributions d'entretien en faveur des enfants),

recours contre la décision du Juge unique de la Cour Civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais du 28 février 2023 (C1 23 8).

Faits :

A.

B.A. et A.A. sont les parents mariés de C.A., née le 20 février 2011, et de D.A., né le 25 septembre 2013. Ils se sont séparés le 1er septembre 2022.

A l'audience du 21 décembre 2022, les parties ont passé une transaction partielle qui a été ratifiée par le Juge suppléant du district de Sierre (ci-après: le Juge de district), concernant notamment la garde provisoire des enfants, dans l'attente de la reddition d'un rapport de l'Office pour la protection de l'enfant. Par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 décembre 2022, le Juge de district a fixé les contributions dues par le père pour l'entretien des enfants. Pour C.A., la pension a été fixée à un montant unique de 690 fr. pour la période de septembre à novembre 2022, à 750 fr. pour le mois de décembre 2022, à 860 fr. par mois pour la période de janvier à septembre 2023 y compris,

puis à 255 fr. par mois dès octobre 2023. Pour D.A., elle a été fixée à un montant unique de 630 fr. pour la période de septembre à novembre 2022, à 730 fr. pour le mois de décembre 2022, à 880 fr. par mois pour la période de janvier à septembre 2023 y compris, puis à 375 fr. par mois dès octobre 2023.

Par décision du 28 février 2023, le Juge unique de la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais a rejeté le recours formé par A.A.

B.

Par mémoire du 30 mars 2023, A.A. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision, sollicitant son annulation et le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision. Elle demande aussi le bénéfice de l'assistance judiciaire, limitée aux frais de la procédure. Il n'a pas été demandé d'observations.

Considérant en droit :

1.

1.1. 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 par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale et sur recours (art. 75 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF; **ATF 133 III 393** consid. 2) de nature pécuniaire. On peine à comprendre la recourante lorsqu'elle soutient que " le montant des contributions d'entretien demeurant litigieuses à ce stade s'élève à CHF 880.- par mois, capitalisé d'octobre 2023 à octobre 2026, à savoir jusqu'à l'entrée de D.A. au cycle d'orientation ce qui représente un montant de CHF 31'680.- ". Quoi qu'il en soit, peu importe que la valeur litigieuse minimale requise par l'art. 74 al. 1 let. b LTF soit ou non atteinte en l'espèce, dès lors que, s'agissant d'une affaire portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (**ATF 134 III 667** consid. 1.1; **133 III 393** consid. 5), le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire connaissent une limitation identique des griefs pouvant être invoqués par la partie recourante. Pour le surplus, la recourante 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.

1.2. Le recours en matière civile, de même que le recours constitutionnel subsidiaire (art. 107 al. 2 LTF par renvoi de l'art. 117 LTF), étant des voies de réforme (art. 107 al. 2 LTF), c'est à tort que la recourante se limite à prendre des conclusions cassatoires.

Ses conclusions doivent néanmoins être interprétées à la lumière de la motivation du recours (**ATF 137 II 313** consid. 1.3; arrêt 5A_866/2015 du 2 mai 2016 consid. 1.2 non publié in **ATF 142 III 264**). En l'occurrence, la recourante n'indique pas expressément - que ce soit dans ses conclusions formelles ou dans la motivation de son acte - à quels montants les pensions en faveur des enfants auraient dû être fixées selon elle. Toutefois, dès lors qu'elle s'en prend au revenu hypothétique de 4'300 fr. qui lui a été imputé à compter d'octobre 2023 - exposant qu'il aurait fallu s'en tenir à ses revenus effectifs - et soutient que c'est en raison de l'imputation de ce revenu hypothétique que les contributions d'entretien ont été réduites à compter de cette date, il y a lieu de considérer qu'elle conclut à la réforme de l'arrêt attaqué, en ce sens que les contributions d'entretien dues à partir du mois d'octobre 2023 demeurent fixées aux montants retenus pour la période précédente, c'est-à-dire 860 fr. par mois pour C.A. et 880 fr. par mois pour D.A.

Il reste à déterminer si la motivation du recours permet de comprendre le *dies ad quem* de la modification demandée. La recourante soutient que la décision cantonale, en tant qu'elle lui impute un revenu hypothétique, " implique de modifier 3 ans plus vite que prévu (D.A. entrera au cycle en août 2026 seulement) l'organisation admise par les parents durant l'union, résultat auquel [elle] ne pouvait pas s'attendre au vu de la jurisprudence fédérale et qui paraît contraire au bien de D.A.". Il

faut ainsi considérer qu'elle conteste le revenu hypothétique qui lui a été imputé seulement jusqu'en août 2026, partant, les pensions qui ont été fixées jusqu'à cette date.

2.

2.1. Dès lors que 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), le recourant ne peut dénoncer que la violation de ses 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 146 IV 114** consid. 2.1; **144 II 313** consid. 5.1). 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; **140 III 264** consid. 2.3 et les références).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (**ATF 145 II 32** consid. 5.1; **144 I 170** consid. 7.3; **141 III 564** consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (**ATF 147 I 241** consid. 6.2.1; **144 I 113** consid. 7.1, 170 consid. 7.3). Une décision cantonale est en outre arbitraire lorsqu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sans motif pertinent (**ATF 148 III 95** consid. 4.1; **147 I 241** consid. 6.2.1).

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). 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 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 143 IV 500** consid. 1.1 et la référence). 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. (**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; **140 III 264** consid. 2.3 et les références).

3.

La recourante conteste le revenu hypothétique qui lui a été imputé, l'estimant insoutenable dans son principe et considérant qu'à cet égard, la décision entreprise se fonde de surcroît sur des faits établis de manière arbitraire (art. 9 Cst.).

4.

Pour fixer la contribution 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.

4.1. Lorsqu'il entend tenir compte d'un tel revenu, le juge doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné qu'il exerce une activité lucrative eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de

santé: ce faisant, il tranche une question de droit. Le juge doit ensuite examiner si cette personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait (ATF 143 III 233 consid. 3.2). Les circonstances concrètes de chaque cas sont déterminantes. Les critères dont il faut tenir compte sont notamment l'âge, l'état de santé, les connaissances linguistiques, la formation (passée et continue), l'expérience professionnelle, la flexibilité sur les plans personnel et géographique, la situation sur le marché du travail, etc. (ATF 147 III 308 consid. 5.6; arrêt 5A_944/2021 du 19 mai 2022 consid. 4.1).

Les deux conditions précitées sont interdépendantes et ne peuvent être clairement distinguées. L'exigibilité est ainsi inhérente aux critères factuels déterminants qui viennent d'être rappelés, en sorte que la détermination du revenu hypothétique doit résulter d'une appréciation globale: un emploi possible en soi peut être déraisonnable et, à l'inverse, un emploi apparemment raisonnable peut ne pas être réellement possible. Pour qu'un revenu hypothétique soit retenu, un emploi réellement considéré comme possible doit également être raisonnable (arrêts 5A_768/2022 du 21 juin 2023 consid. 6.2; 5A_613/2022 du 2 février 2023 consid. 4.1.1; 5A_1049/2019 du 25 août 2021 consid. 5; 5A_7/2021 du 2 septembre 2021 consid. 4.4).

Si le juge entend exiger d'un époux 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 (ATF 144 III 481 consid. 4.6; 129 III 417 consid. 2.2; arrêt 5A_344/2022 du 31 août 2022 consid. 4.3.1). Il faut notamment examiner si les changements étaient prévisibles pour la partie concernée (arrêt 5A_489/2022 du 18 janvier 2023 consid. 5.2.3 et les références). En revanche, lorsque le débirentier exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait une obligation d'entretien préexistante, rien ne justifie de lui laisser un temps d'adaptation (arrêts 5A_253/2020 du 25 mars 2021 consid. 3.1.2 et les références; 5A_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3 et les références).

4.2. Selon la jurisprudence, on est en droit d'attendre du parent se consacrant à la prise en charge de l'enfant qu'il recommence à travailler, en principe, à 50 % dès l'entrée du plus jeune enfant à l'école obligatoire, à 80 % à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire, et à 100 % dès qu'il atteint l'âge de 16 ans révolus (ATF 144 III 481 consid. 4.7.6). Les lignes directrices établies par la jurisprudence ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend du cas concret; le juge du fait en tient compte dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; ATF 144 III 481 précité consid. 4.7.9). Ainsi, il peut par exemple être tenu compte du fait qu'en présence de quatre enfants, la charge d'assistance extra-scolaire (aide aux devoirs, dispositions en cas de maladie, accompagnement à la pratique des loisirs, etc.) est significativement plus importante qu'avec un seul enfant et que l'exercice d'une activité professionnelle de 50 % ou 80 % selon les degrés scolaires n'est donc pas raisonnablement exigible. Une charge de soins accrue peut également se justifier lorsqu'un enfant souffre d'un handicap (ATF 144 III 481 consid. 4.7.9).

Lorsque la prise en charge d'un enfant est assumée par les deux parents, la capacité de gain de chacun d'eux n'est en principe réduite que dans la mesure de la prise en charge effective (arrêts 5A_565/2022 du 27 avril 2023 consid. 3.2.1; 5A_316/2022 du 17 janvier 2023 consid. 7.3; 5A_987/2020 du 24 février 2022 consid. 6.1; 5A_472/2019 et 5A_994/2019 du 3 novembre 2020 consid. 3.2.2 et les références).

5.

La recourante fait valoir que la décision querellée se fonde sur un fait constaté de manière arbitraire (art. 9 Cst.), à savoir que la grand-mère maternelle prendrait partiellement en charge les enfants lorsqu'elle en a la garde. Il ne ressort toutefois pas de l'arrêt attaqué qu'elle aurait contesté ce fait - déjà constaté par le premier juge - en appel. Faute d'avoir satisfait au principe de l'épuisement des instances cantonales sur ce point (art. 75 al. 1 LTF; ATF 143 III 290 consid. 1.1), ce moyen - au demeurant présenté de manière purement appellatoire (cf. supra consid. 2.2) - doit être considéré comme nouveau, partant, irrecevable.

En tant que la recourante soutient que la décision est insoutenable, puisqu'elle ne tiendrait pas compte de la jurisprudence relative aux paliers scolaires et notamment de l'âge de l'enfant cadet, elle ne peut être suivie. **Selon les faits de l'arrêt attaqué, l'enfant cadet est pris en charge à parts égales par chacun de ses deux parents. La capacité de gain de sa mère n'est donc réduite en raison de sa prise en charge que durant 50 % du temps (cf. supra consid. 4.2). L'application stricte de la règle des paliers scolaires au cas d'espèce devrait ainsi a priori conduire à retenir qu'elle pourrait travailler à 75 % dès l'entrée de D.A. à l'école obligatoire. Dans la mesure où il s'agit là de lignes directrices que l'autorité cantonale peut adapter aux circonstances concrètes (cf. supra consid. 4.2), la décision de lui imputer un revenu hypothétique correspondant à celui qu'elle pourrait percevoir en exerçant une activité lucrative à 80 % ne saurait être qualifiée d'arbitraire dans le présent contexte, a fortiori lorsque l'on tient compte du fait que la mère de la recourante aide celle-ci à prendre en charge les enfants lorsqu'elle en a la garde.**

Il reste à examiner la critique formulée par la recourante s'agissant de la constatation selon laquelle elle a la possibilité effective d'augmenter son taux d'activité à 80 %, constatation qu'elle qualifie d'insoutenable; ce critère doit en effet être rempli pour que le revenu hypothétique retenu en instance cantonale puisse lui être imputé. A cet égard, la recourante conteste en particulier avoir pu augmenter son taux de travail auprès de son nouvel employeur peu après son engagement, exposant qu'en réalité, l'augmentation de taux avait été négociée déjà au moment de l'engagement. Purement appellatoire, sa critique est cependant irrecevable. Il convient de lui rappeler que le Tribunal fédéral n'est pas une cour d'appel auprès de laquelle les faits pourraient être discutés librement comme elle le fait. Il lui appartenait bien plutôt de s'en prendre à l'appréciation des preuves effectuée par l'autorité cantonale de manière conforme aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2.2). L'allégation selon laquelle la recherche d'un emploi auprès d'un nouvel employeur "paraît difficile à mettre en oeuvre" compte tenu de la garde alternée, de l'âge de D.A. et de son engagement récent, ne satisfait manifestement pas non plus aux exigences précitées. Il en va même que celle selon laquelle la cour cantonale n'aurait pas tenu compte dans son appréciation de sa flexibilité sur les plans personnel et géographique (cf. supra consid. 2.2). En effet, elle n'explique pas de manière concrète en quoi, dans sa situation, ces facteurs seraient de nature à lui empêcher de travailler à 80 %. On ne discerne pas non plus en quoi la récente séparation du couple et l'ancienne organisation familiale durant la vie commune seraient de nature à démontrer l'arbitraire de la décision querellée, et la recourante ne l'explique pas plus avant.

Enfin, en tant que la recourante soutient qu'il est arbitraire de ne pas avoir tenu compte de l'impact que l'augmentation de son taux de travail aurait sur le montant des frais de garde des enfants (cf. pour mémoire sur cette question arrêt 5A_702/2020 du 21 mai 2021 consid. 4.4), elle se limite à nouveau à présenter une critique générale, sans expliquer de manière claire et détaillée en quoi le montant des frais de garde pris en considération dans le calcul de la contribution d'entretien serait insoutenable, ni présenter de manière chiffrée les frais dont il aurait fallu tenir compte selon elle; il ne ressort au demeurant pas de l'arrêt cantonal qu'elle aurait présenté une telle critique en appel, de sorte que la recevabilité de celle-ci en instance fédérale est d'emblée douteuse (art. 75 al. 1 LTF; **ATF 143 III 290** consid. 1.1).

6.

En conclusion, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Dès lors qu'il était d'emblée dénué de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire de la recourante - limitée aux frais de la procédure - ne saurait être agréée (art. 64 al. 1 LTF). Les frais judiciaires sont mis à sa charge (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la recourante, qui a succombé, ni à l'intimé, qui n'a pas été invité à se déterminer (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Juge unique de la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Lausanne, le 27 septembre 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Dolivo