

# **BGer 5A\_1001/2020 vom 28. Mai 2021**

Bundesgericht, 2021-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_1001\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_1001_2020)

FR: TF 5A\_1001/2020 du 28 mai 2021

IT: TF 5A\_1001/2020 del 28 maggio 2021

## **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 et 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.

### **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), 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 ( ATF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3; 142 II 369 consid. 4.3 et les arrêts cités).

### **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; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

En l'espèce, la partie " éléments factuels pertinents " figurant aux pages 4 à 6 du recours sera ignorée en tant que les faits qui y sont exposés ne sont pas expressément visés par un grief d'arbitraire, s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que le recourant n'invoque, ni a fortiori ne démontre, leur établissement arbitraire ou que leur correction influencerait sur le sort de la cause.

### **E. 2.3**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer que les conditions sont remplies, vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours (arrêt 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3 non publié in ATF 142 III 617 ). En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et les références), ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

En l'espèce, les pièces nouvellement produites par le recourant à l'appui de sa réplique sont irrecevables, en tant qu'elles tendent à démontrer des faits qui ne sont pas établis dans l'arrêt attaqué sans qu'un grief d'arbitraire en lien avec l'établissement de ceux-ci ait été valablement soulevé. Il en va en particulier ainsi du certificat médical du 18 novembre 2020, des offres d'emploi effectuées par le recourant et des réponses négatives qu'il a reçues durant le deuxième semestre 2020 (pièces 10 à 12).

### **E. 3.1**

La cour cantonale a jugé qu'il allait de soi que les montants versés par l'épouse au mari de février à juin 2018, pour un total de 9'800 fr., de même que les montants de 10'000 fr. et de 7'000 fr. qu'elle lui avait versés afin de l'aider à s'installer, pouvaient être portés en compensation des contributions dues pour le passé, raison pour laquelle elle a indiqué dans le dispositif de l'arrêt querellé que le montant total de 26'800 fr. déjà versé serait compensé avec les " pensions " fixées pour le mari et pour les enfants.

### **E. 3.2**

Invoquant de manière générale un grief d'arbitraire dans l'établissement des faits et dans l'application du droit, le recourant critique le fait que les montants de 10'000 fr. et de 7'000 fr. aient été déduits des contributions d'entretien dues. Il soutient que les parties étaient convenues que ces montants, qu'il avait reçus au moment de quitter le domicile conjugal, constituaient des avances sur la liquidation du régime matrimonial, ce qu'il avait confirmé lorsque la partie adverse l'avait interrogé sur cette question lors de l'audience du 4 février 2019, de sorte que c'est de manière insoutenable que l'arrêt querellé porte ces montants en compensation des contributions d'entretien que son épouse doit lui verser pour le passé et non en compensation de la soulte à verser au moment du divorce au sens de l' art. 205 al. 3 CC . Selon lui, la situation en résultant serait d'autant plus insoutenable qu'elle le priverait de montants dont il a besoin pour assumer son minimum vital, étant donné qu'il était reconnu dans l'arrêt cantonal que sa situation financière était déficitaire. Le recourant fait par ailleurs valoir que la compensation n'est pas nécessaire puisque cette dette pourra être prise en compte lors de la dissolution du régime matrimonial, de sorte que l'intimée n'est pas

lésée.

### **E. 3.3**

Lorsque le recourant invoque que les parties étaient convenues que les sommes de 10'000 fr. et 7'000 fr. seraient prises en compte dans la liquidation du régime matrimonial, il fonde son raisonnement sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt cantonal sans soulever valablement un grief d'arbitraire dans l'omission de ceux-ci, étant du reste relevé que le procès-verbal de l'audience du 4 février 2019 ne fait pas état de propos portant sur l'existence d'une telle convention. Fondé sur des faits irrecevables, son grief d'arbitraire dans l'application de l'art. 205 al. 3 CC, pour autant que suffisamment motivé (cf. supra consid. 2.1), peut ainsi d'emblée être écarté. Quant à la critique portant sur la prétendue atteinte à son minimum vital pour le passé, elle est formulée de manière purement théorique. Ce faisant, le recourant ne démontre pas, par une argumentation claire et détaillée, que la déduction des montants de 10'000 fr. et 7'000 fr. des contributions d'entretien l'aurait concrètement empêché de couvrir des dépenses strictement nécessaires à son entretien, ce d'autant qu'il n'explique pas de quelle manière il a effectivement utilisé ces montants. S'agissant de l'argument selon lequel une déduction ne serait pas nécessaire car son épouse ne serait pas lésée, il est impropre à démontrer l'arbitraire. Pour autant que recevable, le grief d'arbitraire soulevé en lien avec la déduction des sommes de 10'000 fr. et de 7'000 fr. des contributions dues doit ainsi être rejeté.

### **E. 4**

Le recourant reproche également à la cour cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire en lui imputant un revenu hypothétique.

#### **E. 4.1**

Selon l'arrêt querellé, la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère avait constaté que le mari disposait d'un CFC de peintre en carrosserie et d'une formation commerciale dans la vente, domaine dans lequel il avait exercé durant 22 ans, qu'à partir de 2004, il avait cessé toute activité lucrative pour se consacrer à l'entretien et à la rénovation des immeubles de son épouse et qu'il avait repris une activité en tant qu'instructeur de fitness en 2016. Elle avait également noté que, bien que le mari avait déclaré en audience avoir effectué des recherches d'emplois qui étaient restées infructueuses, ces dernières n'avaient pas été établies. Au vu de l'ensemble de ces éléments, elle lui avait donné un délai d'une année pour augmenter son taux d'activité à 100%. La cour cantonale a considéré qu'il était possible d'exiger du mari qu'il reprenne une activité lucrative à hauteur de 100% dès février 2021, au vu des années qui lui restaient avant d'atteindre l'âge de la retraite et de son bon état de santé général. Toutefois, compte tenu de son âge relativement avancé et de ses nombreuses années d'inactivité, les activités envisageables devaient être celles qui requièrent un faible niveau de compétences, telles que des activités dans la vente ou dans les services personnels. La cour cantonale a ainsi retenu qu'on pouvait lui imputer un salaire mensuel net d'environ 4'200 fr., part au treizième salaire comprise et après déduction des charges sociales. Ce faisant, elle a rejeté l'appel du mari sur ce point.

#### **E. 4.2**

Le recourant fait valoir qu'il n'est pas raisonnablement exigible de sa part qu'il exerce une activité lucrative à 100% dès février 2021 dans le domaine de la vente ou des services personnels, eu égard à sa formation, à son âge, à la répartition des tâches consentie durant le mariage et à son état de santé. Même s'il est vrai qu'il dispose d'un CFC de peintre en

carrosserie, d'une formation commerciale dans la vente et d'un permis de chauffeur poids lourds, il n'a plus exercé d'activité professionnelle dans ces domaines depuis plus de 16 ans, ce qui est reconnu par l'autorité cantonale. Ses formations et ses expériences professionnelles ne lui seraient donc pas d'une grande utilité pour retrouver aujourd'hui une activité lucrative autre que celle d'instructeur de fitness. Il n'était en particulier plus compétitif sur le marché du travail dans le domaine de la vente comme le démontrait toutes les réponses négatives à ses demandes d'emploi. Par ailleurs, le recourant relève qu'il est aujourd'hui âgé de 58 ans - 55 ans au moment de la séparation - et que la jurisprudence en cas de mariage longue durée présume qu'il n'est pas possible d'exiger d'un époux, qui a renoncé en tout ou partiellement à exercer une activité lucrative pendant le mariage et qui a atteint l'âge de 45 ans au moment de la séparation, de reprendre un travail ou d'augmenter son taux. Il fait également valoir qu'il s'est marié en 2000 et que le mariage a eu une influence concrète sur sa situation financière, de sorte qu'il serait en droit de compter sur le maintien, au moins partiel, de la répartition antérieure des rôles. Il reproche en outre à la cour cantonale d'avoir considéré qu'il était " en bon état de santé général ", ce qui lui permettait d'envisager une activité requérant un faible niveau de compétences. À ce propos, il expose, en se référant à un certificat médical du 18 novembre 2020, souffrir de problèmes cardiaques qui sont compatibles avec une activité d'instructeur de fitness à 80%, activité qui lui est également favorable et conseillé médicalement car lui évitant de prendre un traitement médicamenteux en raison d'une activité physique exercée pendant son travail. Sur cette base, le recourant soutient qu'il serait inadmissible d'exiger de lui qu'il change d'activité professionnelle en mettant en péril sa santé pour obtenir un taux de travail plus élevé, précisant en sus qu'il avait été établi que son employeur ne pouvait pas augmenter son taux de travail et qu'il sera même contraint de le diminuer. Au vu de ces éléments, il conclut que c'est de manière insoutenable et choquante que la cour cantonale a retenu un revenu hypothétique.

#### **E. 4.3**

Lorsque le recourant soutient qu'il serait inadmissible d'exiger de sa part de changer d'emploi compte tenu de ses problèmes de santé en se fondant sur un certificat médical établi après que l'arrêt cantonal a été rendu, il base sa critique sur une preuve nouvelle irrecevable (cf. supra consid. 2.3). En tant qu'il expose que ses formations et ses expériences professionnelles ne lui permettraient pas de trouver une autre activité que celle d'instructeur de fitness au motif qu'il ne serait plus compétitif sur ces marchés du travail en se référant aux nombreuses réponses négatives qu'il aurait reçues à ses demandes d'emploi, il fonde sa démonstration sur des faits irrecevables car non établis par l'arrêt attaqué sans qu'un grief d'arbitraire ait été valablement soulevé (cf. supra consid. 2.2) ainsi que sur de nouveaux moyens de preuve eux aussi irrecevables (cf. supra consid. 2.3). S'agissant de l'argument du recourant selon lequel le mariage a eu une influence concrète sur sa situation financière et qu'il peut compter sur le maintien de la répartition des rôles librement consenties par les époux pendant le mariage, il est dénué de pertinence dans la présente procédure puisque le juge appelé à statuer en mesures provisionnelles ne doit pas trancher les questions de fond objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint ( ATF 137 III 385 consid. 3.1). Quant au fait qu'il ne serait pas possible d'exiger de sa part qu'il augmente son taux d'activité en raison de la limite d'âge de 45 ans posée par la jurisprudence, il convient de relever que cette limite n'a jamais constitué une règle stricte dispensant en toute circonstance un époux de reprendre ou d'augmenter son activité lucrative - surtout lorsqu'il s'agissait d'une

augmentation d'une activité déjà exercée (voir notamment arrêt 5A\_801/2019 du 26 mai 2020 consid. 3.3.2 et les arrêts cités) - et qu'elle a récemment été abandonnée au profit d'une évaluation globale des circonstances concrètes, tenant compte de critères décisifs tels que notamment l'âge, la santé, les activités antérieures, la flexibilité personnelle et la situation du marché du travail (sur l'abandon de cette limite d'âge, voir arrêt 5A\_104/2018 du 2 février 2021 consid. 5 destiné à la publication). Cela étant, en exposant qu'il est notoirement difficile de trouver un emploi à son âge et que son absence de formation continue et d'expérience professionnelle récente ne permettrait pas d'exiger de lui qu'il exerce une activité lucrative à 100% dès février 2021 dans le domaine de la vente ou des services, le recourant ne fait qu'opposer sa propre appréciation à celle de la cour cantonale, sans démontrer par une argumentation claire et détaillée en quoi celle-ci aurait abusé de son pouvoir d'appréciation, à tout le moins aurait versé dans l'arbitraire, en lui imputant un revenu hypothétique. Autant que recevable, la critique doit donc être rejetée.

## **E. 5**

Les considérations qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité. Les conclusions du recourant étaient d'emblée vouées à l'échec, ce qui entraîne le rejet de sa requête d'assistance judiciaire ( art. 64 al. 1 LTF ) et sa condamnation aux frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer ( art. 68 al. 1 LTF ).

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