

FR_GERICHTE 101 2019 104 vom 28. Mai 2019

FR Kantonsgericht, 2019-05-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2019_104

FR: FR_GERICHTE 101 2019 104 du 28 mai 2019

IT: FR_GERICHTE 101 2019 104 del 28 maggio 2019

Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Berufung/Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b und 319 lit. a ZPO)

Erwägungen

E. 11

avril 2019, pour le 11 mai 2019. Ce fait, qui s'est produit après le prononcé de première instance et a été invoqué dans la réponse à l'appel, c'est-à-dire sans retard, est recevable en vertu de l'art. 317 al. 1 CPC. 1.5. L'art. 317 al. 2 CPC permet une modification des conclusions en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a et 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC). Pour déterminer ce qui constitue une "modification" au sens de cette disposition légale, il convient, vu le renvoi à l'art. 227 CPC, de se référer aux règles applicables en première instance ; ainsi, alors qu'une restriction des conclusions est admissible en tout état de cause (art. 227 al. 3 CPC), leur amplification, notamment (CR CPC – Schweizer, 2ème éd. 2019, art. 227 n. 14), après l'ouverture des débats principaux est soumise à des conditions similaires à celles valables en appel selon l'art. 317 al. 2 CPC (art. 230 al. 1 CPC). De plus, il apparaît que lorsque les conclusions portent sur des montants qu'un débiteur reconnaît devoir, leur amplification correspond en fait à une réduction des sommes proposées, et vice versa.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 9 En l'espèce, A. _____ modifie en appel ses conclusions en lien avec l'entretien de D. _____ depuis le 1er mars 2017 : alors qu'en première instance elle proposait de verser CHF 300.- par mois, plus allocations (DO/87 au verso), elle offre désormais des montants inférieurs jusqu'au 31 octobre 2017 et, depuis cette date qui correspond à la majorité de l'enfant, à titre principal aucune contribution, subsidiairement CHF 300.- par mois, le tout sous déduction des factures d'assurance-maladie et de téléphone qu'elle a prises en charge pour son fils. Il s'agit donc d'une amplification de ses conclusions, à l'appui de laquelle elle fait valoir deux éléments, à savoir le fait que son fils ne veut plus de contacts avec elle depuis qu'il vit chez son père et le fait qu'elle a payé des factures pour lui depuis lors (appel, p. 9). Or, ces éléments ne sont pas nouveaux, puisqu'elle les a évoqués au cours de son audition par le premier juge le 13 novembre 2017 déjà (DO/106 au verso), sans toutefois adapter les conclusions prises au titre des mesures provisoires, au contraire de celles formulées dans la procédure de divorce au fond (DO/132). Il en découle qu'elle ne saurait se prévaloir de ces faits pour amplifier ses conclusions en appel. Partant, la modification des conclusions est irrecevable et il convient de se fonder sur la somme de CHF 300.- par mois proposée en première instance, sans suppression dès la majorité de l'enfant ni imputation de factures prises en charge par la

mère. 1.6. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de l'appel et le fait que toutes les pièces nécessaires à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

1.7. Vu les montants contestés en appel, comme la durée prévisible de la procédure de divorce, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral est supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF). 2. L'art. 285 al. 1 CC prévoit, dans sa nouvelle teneur depuis le 1er janvier 2017, que la contribution en faveur de l'enfant doit correspondre aux besoins de celui-ci ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant. Ces différents critères étaient déjà prévus auparavant et les principes appliqués restent valables pour la mise en œuvre du nouveau droit. Ainsi, les critères mentionnés exercent une influence réciproque les uns sur les autres, sans méthode spécifique ni priorisation de l'un d'eux ; par ailleurs, celui des parents dont la capacité financière est supérieure est tenu, suivant les circonstances, de subvenir à l'entier du besoin en argent si l'autre remplit son obligation à l'égard de l'enfant essentiellement en nature (arrêt TC FR 101 2016 317 du 27 mars 2017 consid. 3a in RFJ 2017 41). Quant à l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, il dispose que le juge fixe notamment, à la requête de l'un des conjoints, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. A cet égard, tant que dure le mariage, l'obligation de soutien et le principe de solidarité découlant de l'art. 163 CC perdurent (ATF 137 III 385 consid. 3.1) et le solde disponible des époux après paiement de toutes leurs charges indispensables doit en principe être réparti à parts égales entre eux, le minimum vital du débiteur devant être préservé dans tous les cas (ATF 140 III 337 consid. 4.2.1 et 4.3). Enfin, en matière de fixation de contributions d'entretien, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1). 3. 3.1. La situation financière de A. _____ telle qu'établie dans la décision querellée (p. 6 s.) n'est pas critiquée en appel. Il en résulte qu'elle a gagné CHF 7'630.- net jusqu'au 31 mai 2018, CHF 7'262.70 en juin/juillet 2018 et CHF 7'982.30 en août 2018, et que son revenu actuel s'élève à

Tribunal cantonal TC Page 5 de 9 CHF 9'303.- net par mois. Après déduction de ses charges, elle a eu en 2016 un disponible mensuel de l'ordre de CHF 3'500.-, et de janvier 2017 à août 2018 un solde variable allant de CHF 1'875.- à CHF 2'700.- par mois. Depuis septembre 2018, elle a un disponible de CHF 3'768.05, qui sera porté à CHF 4'361.- dès juillet 2020, terme de son contrat de leasing automobile. 3.2. S'agissant de B. _____, qui est médecin spécialisé à E. _____, le Président a retenu que jusqu'en février 2017 il a gagné environ CHF 14'900.- par mois, par un emploi à 40 % auprès de F. _____ SA, une activité auprès de G. _____ à H. _____ et une autre activité accessoire au Portugal. Depuis le 1er mars 2017, date à laquelle il a quitté ses emplois en France et au Portugal, seul le revenu réalisé par l'activité à 40 % en Suisse a été pris en compte, soit CHF 8'238.- net. Enfin, depuis le 1er août 2019, le premier juge a imputé au mari un revenu hypothétique net de CHF 11'900.- pour un emploi raisonnablement exigible à 100 % de médecin chef de clinique, soit CHF 13'000.- brut – 15 % de déductions sociales, plus part au 13ème salaire (décision attaquée, p. 7 s.). L'appelante critique ce raisonnement. En résumé, d'une part, elle reproche au Président d'avoir imputé à son époux un revenu hypothétique depuis le 1er août 2019 et d'avoir retenu dans l'intervalle uniquement le salaire réalisé par un emploi à 40 %, alors que B. _____ a volontairement mis un terme à ses activités à l'étranger. Selon elle, il convenait de tenir compte d'un revenu hypothétique avec effet rétroactif au jour de la diminution, ce d'autant qu'il serait probable que son mari, vu les nombreux déplacements au Portugal effectués depuis le 1er mars 2017, y a conservé un

emploi. D'autre part, elle fait grief au premier juge d'avoir sous-estimé la capacité de gain de l'intimé, arguant qu'au vu du revenu réalisé par son emploi à 40 % et des statistiques de salaire suisses, il pourrait gagner au moins CHF 17'500.- par mois (appel, p. 3 à 7). 3.2.1. Selon la jurisprudence, s'il faut en principe, pour déterminer le revenu du débiteur d'entretien, partir de ses gains effectifs, le juge peut également prendre en considération un revenu hypothétique, dans la mesure où le débiteur pourrait gagner davantage qu'il ne gagne effectivement en faisant preuve de bonne volonté ou en fournissant l'effort qu'on peut raisonnablement exiger de lui ; il s'agit 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 (ATF 143 III 233 consid. 3.2 et 137 III 118 consid. 2.3). Le juge doit examiner successivement deux conditions : d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de la personne qu'elle exerce une activité lucrative, eu égard notamment à sa formation, son âge et son état de santé, en ne pouvant se contenter de dire à cet égard de manière générale qu'elle pourrait gagner plus en travaillant, mais en devant préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut devoir accomplir ; ensuite, il doit examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail (arrêt TF 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.1). Lorsque le débirentier exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait son obligation d'entretien, il doit entreprendre tout ce qui est en son pouvoir et en particulier exploiter pleinement sa capacité de gain pour pouvoir continuer à l'assumer. Lorsque, même dans l'hypothèse d'un changement involontaire d'emploi, il se satisfait en connaissance de cause d'une activité lucrative lui rapportant des revenus moindres, il doit se laisser imputer le revenu qu'il serait, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, capable de réaliser en mettant à profit sa pleine capacité de gain. L'examen des exigences à remplir pour qu'on puisse considérer que le débirentier a tout mis en œuvre pour continuer à assumer son obligation d'entretien et qu'il a donc démontré son incapacité

Tribunal cantonal TC Page 6 de 9 à trouver un autre poste avec une rémunération similaire à celle qu'il percevait précédemment relève de l'appréciation du juge qui pourra, sur ce point, se montrer large pour tenir compte de critères tel que l'âge de la personne à la recherche d'un emploi. Si le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est toutefois pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêt TF 5A_571/2018 du

E. 14

septembre 2018 consid. 5.1.2) et, en cas d'intention de nuire, même si la réduction du revenu est irrémédiable (ATF 143 III 233 consid. 3.4). 3.2.2. Il est vrai que, lors de son audition par le premier juge le 13 novembre 2017, l'intimé a admis qu'il avait volontairement mis un terme à ses activités en France et au Portugal en mars 2017, pour ne conserver que l'emploi à 40 % en Suisse. Il a cependant expliqué qu'il avait pris cette décision au moment où son fils avait décidé de venir vivre chez lui, et en outre qu'il ne pouvait pas continuer à faire 1'000 km par semaine (DO/107). S'il apparaît certes que la décision du mari a coïncidé avec l'introduction de la procédure de divorce, il a néanmoins fourni deux explications plausibles pour la justifier. Il faut en effet lui concéder qu'il n'est pas raisonnable, sur le long terme, de cumuler trois emplois à temps partiel dans trois pays différents, avec les déplacements que cette situation implique, ce d'autant lorsqu'il vit

désormais avec l'un de ses enfants et assume son entretien, quand bien même celui-ci est presque majeur. De plus, et surtout, une intention dolosive du mari n'est pas avérée, dans la mesure où, même en travaillant à 40 %, il a continué à gagner plus de CHF 8'000.- net par mois et où, cumulé au revenu similaire de son épouse, ce salaire a largement permis d'assumer les frais d'entretien de la famille. Partant, c'est à juste titre que le Président a renoncé à imputer à l'intimé un revenu hypothétique avec effet rétroactif au 1er mars 2017 et tenu compte d'un tel revenu depuis le 1er août 2019. Du reste, il résulte uniquement de la jurisprudence qu'un effet rétroactif n'est pas insoutenable, mais non qu'il faudrait l'admettre dans tous les cas. L'appelante ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle soutient que, dans la mesure où les extraits bancaires portugais de l'intimé depuis le 1er mars 2017 indiquent des versements en espèces plusieurs fois par mois, ils établiraient qu'il aurait continué à exercer une activité lucrative dans son pays d'origine. D'une part, il n'est pas exclu que certaines de ces opérations aient été effectuées lors de vacances au pays, voire par des membres de la famille du mari en l'absence de celui-ci. D'autre part, travaillant à 40 %, B._____ avait le loisir de se rendre régulièrement au Portugal, où il possède en outre de nombreux immeubles, comme cela ressort du dossier. S'agissant enfin de la quotité du revenu hypothétique pris en compte par le premier juge, l'appelante soutient qu'il convient de se fonder sur un montant raisonnable de CHF 17'500.- par mois. Elle fait valoir que cette somme correspond au revenu obtenu précédemment, les CHF 14'900.- par mois arrêtés à ce titre dans la décision querellée étant largement sous-évalués. Il faut cependant constater que l'épouse se contente d'affirmer, certes avec un renvoi à des pièces du dossier mais sans procéder à aucun calcul, que son mari gagnait auparavant CHF 17'500.-. La recevabilité de sa critique est dès lors douteuse. Quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte, dans la mesure où ce qu'il importe de déterminer est le revenu que le débirentier peut raisonnablement et effectivement obtenir par une activité déterminée. En l'espèce, le Président s'est fondé sur le calculateur de salaires de l'Office fédéral de la statistique pour retenir que l'intimé est en mesure, par une activité à plein temps de médecin chef de clinique dans le canton de Vaud, de réaliser un revenu mensuel brut de CHF 13'000.-. Cette somme correspond à la fourchette de celle qui est fournie par le calculateur pour un homme de l'âge de l'intimé et avec sa formation, titulaire d'un permis B ou C, pour un emploi de médecin à plein temps dans la région lémanique,

Tribunal cantonal TC Page 7 de 9 soit CHF 13'500.- à CHF 14'000.-. Partant, le raisonnement du premier juge ne prête pas le flanc à la critique. 3.2.3. Quand bien même le mari ne s'en prévaut pas, il y a lieu de relever que son récent licenciement ne doit pas conduire à modifier les revenus pris en compte par le premier juge. En effet, l'intimé n'a pas interjeté appel et n'a donc pas contesté l'imputation d'un revenu hypothétique à 100 % depuis le 1er août 2019 ; dans l'intervalle, même s'il ne perçoit plus le revenu à 40 % qu'il avait précédemment, il va vraisemblablement pouvoir toucher des indemnités de chômage d'un montant plus ou moins équivalent. 3.3. Au surplus, l'appelante ne critique pas les charges prises en compte pour son mari. Partant, il convient de confirmer les disponibles calculés par le premier juge, à savoir un montant de l'ordre de CHF 8'900.- jusqu'au 28 février 2017, CHF 1'831.05 du 1er mars 2017 au 31 juillet 2019, puis CHF 5'493.05 depuis le 1er août 2019 (décision attaquée, p. 10). 4. 4.1. Le Président a calculé le coût d'entretien de D._____ à hauteur de CHF 1'700.- par mois. Il s'est fondé sur le montant des "tabelles zurichoises", soit CHF 1'785.- par mois, et a corrigé la part au logement pour prendre en compte celle effectivement acquittée (décision attaquée, p. 10). 4.2. L'appelante critique ce calcul. D'une part, elle reproche au premier juge de ne pas avoir déduit du coût

de son fils les allocations familiales et patronales perçues pour lui. D'autre part, elle fait valoir qu'il convenait de différencier les frais de l'enfant en fonction de l'année et d'appliquer ainsi les tabelles zurichoises successivement en vigueur (appel, p. 7 s.). 4.2.1. S'agissant de la deuxième critique, il faut constater d'emblée qu'elle tombe à faux. En effet, si à première vue les tabelles 2016, qui prévoient un coût de CHF 2'074.- pour un enfant unique de 13 à 18 ans, semblent différentes de celles des éditions 2017 et 2018, qui indiquent des montants respectifs de CHF 1'781.- et CHF 1'785.-, l'appelante oublie que le coût de l'édition 2016 inclut une somme de CHF 326.- pour les soins en nature. Or, vu l'âge du fils des parties, ce poste doit être écarté, ce qui porterait son coût effectif, selon les tabelles 2016, à CHF 1'748.-. Partant, le fait que le premier juge ait retenu CHF 1'785.- par mois en se fondant sur les tabelles 2018 ne prête pas le flanc à la critique. 4.2.2. En ce qui concerne l'absence de déduction des allocations familiales et patronales, il est vrai que la décision querellée omet de l'opérer. Toutefois, parallèlement, le premier juge a retenu le coût résultant des tabelles et a renoncé à l'augmenter, alors que, selon la jurisprudence, les coûts arrêtés dans les tabelles – fondées sur un revenu des parents de CHF 7'000.- à CHF 7'500.- par mois – doivent être adaptés aux circonstances concrètes, en particulier augmentés en cas de revenu cumulé bien supérieur à CHF 10'000.- par mois (arrêts TF 5A_100/2012 du 30 août 2012 consid. 3.1 et 6.2 et 5C.171/2003 du 11 novembre 2003 consid. 3.2). Or, en l'espèce, les parties gagnent ensemble plus de CHF 15'000.- par mois, et même CHF 20'000.- environ lorsque le mari travaille à plein temps, ce qui aurait justifié d'élargir le coût de l'entretien convenable de D._____ de l'ordre de 15 à 20 %, soit environ CHF 300.- à CHF 350.- par mois. Dans ces conditions, l'oubli du Président de déduire les allocations ne porte pas à conséquence. 4.2.3. Au surplus, il a déjà été décidé (supra, consid. 1.5) que l'absence alléguée de contacts entre la mère et son fils et la prise en charge de factures par celle-ci ne doivent pas être prises en considération dans la fixation de la contribution d'entretien.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 4.3. Compte tenu du rejet des griefs de l'appelante, les calculs du premier juge en lien avec la contribution destinée à D._____ (décision attaquée, p. 10 s.), qui ne sont pas critiqués en soi, doivent être confirmés. L'appel est dès lors rejeté sur cette question, dans la mesure de sa recevabilité. 5. S'agissant de sa propre contribution d'entretien, l'appelante élève un seul grief spécifique, à savoir le fait que la pension pour l'enfant n'est prioritaire que durant sa minorité (appel, p. 10). Il est vrai que cette règle est celle qui est prévue par l'art. 276a al. 1 CC. Cependant, l'art. 276a al. 2 CC permet au juge de déroger à cette règle, en particulier pour éviter de porter préjudice à l'enfant majeur qui a droit à une contribution d'entretien. Or, en l'espèce, D._____ est devenu majeur en cours de procédure et il est étudiant au collège, ce qui justifie de le faire bénéficier de l'exception légale (BSK ZGB I – FOUNTOLAKIS, 6e éd. 2018, art. 276a n. 10) ; surtout, la situation financière globale de la famille doit être qualifiée d'aisée, l'appelante en particulier gagnant actuellement CHF 9'303.- net par mois et étant en mesure d'assumer en grande partie son propre entretien. Du reste, dans ses conclusions de première instance et celles prises subsidiairement en appel, l'épouse propose de verser une pension de CHF 300.- par mois à son fils jusqu'au terme de sa formation, sans se prévaloir de l'absence de priorité de l'entretien de l'enfant majeur. Dans ces conditions, le grief susmentionné tombe à faux. Pour le reste, les autres reproches de l'appelante ont déjà été écartés, de sorte que les calculs du premier juge en lien avec son entretien – soit le partage des disponibles par la moitié, respectivement l'absence de pension de mars 2017 à juillet 2019, période durant laquelle l'épouse a un disponible supérieur à celui de son conjoint (décision attaquée,

p. 11) – doivent être confirmés. Il s'ensuit le rejet de l'appel sur cette question également. 6. 6.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante. Cette disposition est aussi applicable aux affaires de droit de la famille, quand bien même le tribunal a la faculté, en application de l'art. 107 al. 1 let. c CPC, de s'écarter des règles générales et de répartir les frais selon sa libre appréciation (ATF 139 III 358 consid. 3). En l'espèce, vu le rejet de l'appel, les frais seront mis à la charge de A. _____ (art. 106 al. 1 CPC). Ils comprennent notamment les frais de justice dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-, qui seront prélevés sur son avance (art. 111 al. 1 CPC). 6.2. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ ; RSF 130.11). En cas de fixation globale, comme en l'espèce, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). L'indemnité maximale en cas de recours contre une décision du juge unique est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. e et al. 2 RJ). Compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de B. _____ seront arrêtés globalement à la somme de CHF 1'500.-, débours compris, plus la TVA par CHF 115.50 (7.7 % de CHF 1'500.-).

Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 la Cour arrête : I. L'appel est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Partant, les chiffres III. et V. de la décision prononcée le 26 mars 2019 par le Président du Tribunal civil de la Sarine sont confirmés. II. Les frais d'appel sont mis à la charge de A. _____. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-, qui seront prélevés sur l'avance de frais qu'elle a versée. III. Les dépens d'appel de B. _____ sont fixés globalement à la somme de CHF 1'500.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 115.50. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 28 mai 2019/lfa Le Président : Le Greffier-rapporteur :

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