

# FR\_GERICHTE 101 2020 380 vom 12. Januar 2021

FR Kantonsgericht, 2021-01-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2020\\_380](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2020_380)

FR: FR\_GERICHTE 101 2020 380 du 12 janvier 2021

IT: FR\_GERICHTE 101 2020 380 del 12 gennaio 2021

## 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

novembre 2020. en droit 1. 1.1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures provisionnelles nécessaires pendant une procédure de divorce (art. 248 let. d CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire de l'appelant le 17 septembre 2020. Déposé le lundi 28 septembre 2020, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est,

Tribunal cantonal TC Page 3 de 8 de plus, dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu les contributions d'entretien contestées en première instance, la valeur litigieuse de CHF 10'000.- est manifestement atteinte. 1.2. La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures provisionnelles (art. 271 par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant de questions concernant des enfants mineurs, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC). 1.3. Selon la jurisprudence la plus récente (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1), lorsque, comme ici, le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée; dès lors, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies. De ce fait, il y a lieu de tenir compte, dans le cadre de cet examen, des situations effectives des parties, eu égard à l'évolution de celles-ci au cours de la procédure d'appel. Il en découle notamment que l'attestation médicale produite par l'appelant est recevable. 1.4. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La Cour applique le droit d'office (art. 57 CPC) mais, hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4). 1.5. 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 utiles à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience. 1.6. Vu les montants contestés en appel, comme le fait qu'il s'agisse de mesures provisionnelles ordonnées dans le cadre d'un divorce, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral semble supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF). 2. La Présidente a astreint A. \_\_\_\_\_ au paiement d'une contribution d'entretien à hauteur de CHF 1'500.- en

lui imputant un revenu hypothétique de CHF 5'000.-. Ce dernier conteste l'imputation de ce revenu hypothétique et conclut de ce fait à la suppression de la contribution d'entretien en faveur de sa fille, subsidiairement à ce qu'elle suit réduite à CHF 500.-. 2.1. 2.1.1.

Lorsqu'une action en divorce est pendante, les mesures protectrices de l'union conjugale préexistantes sont maintenues, sous réserve d'une modification par le juge du divorce (art. 276 al. 2 CPC), aux conditions de l'art. 179 CC. Selon l'art. 179 al. 1 CC, les mesures protectrices peuvent être modifiées ou révoquées, s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. Une modification ne peut ainsi être obtenue que si, depuis le prononcé des mesures, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, ou si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (arrêts TF 5A\_403/2016 du 24 février 2017 consid. 3.1 et 5A\_426/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 et les références citées). Le juge doit procéder à une pesée des intérêts

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1). Si le principe d'une modification est admis, il faut recalculer la contribution en tenant compte de l'évolution de toute la situation financière, c'est-à-dire de toutes les charges, y compris celles qui ne sont pas nouvelles (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1; cf. ég. arrêt TF 5A\_677/2019 du 16 juin 2020 consid. 5.2). 2.2.2. En l'espèce, la Présidente a retenu de manière non contestée que la situation de l'époux s'est modifiée de manière suffisamment importante et durable pour justifier une modification de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale en ce sens que les charges de l'époux ont augmenté de CHF 400.- par mois. Elle a par contre refusé de prendre en compte l'autre fait nouveau invoqué par l'appelant, soit la baisse de revenu mensuel de CHF 1'000.- environ (CHF 4'100.- au lieu de CHF 5'000.-), lui imputant ainsi un revenu hypothétique de CHF 5'000.-. 2.3. Selon l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère. L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé. S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci 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. Il s'ensuit que, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournit pas tous les efforts que l'on peut attendre de lui pour assumer son obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (arrêt TF 5A\_254/2019 du 18 juillet 2019 consid. 3.1 et références citées) Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne 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 doit ensuite 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 (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2., arrêt TF 5A\_254/2019 du 18 juillet 2019 consid. 3.1 et références citées). 2.4. Pour ce qui a trait aux revenus de l'appelant, il s'agit de relever ce qui suit : au moment de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 août 2019, A.\_\_\_\_\_ réalisait un revenu mensuel net de CHF 5'000.- grâce à l'exploitation, avec sa belle-sœur, de la société en nom collectif "D.\_\_\_\_\_". Depuis le 1er mars 2020, A.\_\_\_\_\_ travaille en tant qu'employé polyvalent auprès de E.\_\_\_\_\_ Sàrl, à Vevey. Son revenu mensuel net se monte à CHF 4'100.-. En raison de la crise sanitaire, son revenu a été temporairement réduit à CHF 3'360.- net (montants arrondis). Ainsi, le salaire mensuel de l'appelant a diminué d'environ CHF 1'000.- depuis la remise de son établissement. A.\_\_\_\_\_ justifie son changement d'activité par son état de santé qui ne lui permettait plus d'assumer la charge de travail "extrêmement lourde" auprès de l'établissement "D.\_\_\_\_\_". Il a déclaré lors de la séance du 8 juillet 2020: "J'ai mis fin à mon activité auprès de D.\_\_\_\_\_ car je n'étais pas bien personnellement, je n'arrivais pas à prendre ma fille, je rentrais dans une dépression. Je n'arrivais pas à m'entendre avec ma belle-sœur. On se disputait tout le temps. [...]"

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 Du temps de D.\_\_\_\_\_ nous nous disputions tout le temps, c'est pour cela que je ne veux pas travailler là-bas [sic]". 2.4.1. La Présidente a retenu, dans sa décision du 15 septembre 2020, un revenu hypothétique de CHF 5'000.-. Elle justifie sa décision par le fait que les raisons exposées par A.\_\_\_\_\_ s'agissant de son changement d'activité lucrative ne sont pas suffisantes pour justifier une baisse de revenu de l'ordre de CHF 1'000.- environ. Il n'aurait pas produit de certificat médical pour attester les problèmes de santé allégués, et le fait qu'il ne s'entendait pas avec sa belle-sœur ne devait pas avoir le pas sur l'obligation d'entretien qu'il a envers sa fille mineure. Dans son appel, A.\_\_\_\_\_ conteste l'imputation du revenu hypothétique de CHF 5'000.-. Premièrement, on ne saurait, selon lui, lui reprocher le fait d'avoir mis un terme à son activité auprès de "D.\_\_\_\_\_ ", puisqu'il y aurait été contraint en raison de sa santé psychique. Il produit une attestation du Dr F.\_\_\_\_\_ du 21 septembre 2020. Deuxièmement, l'imputation d'un revenu hypothétique repose sur la possibilité effective d'obtenir ce revenu, possibilité qui est extrêmement restreinte en l'espèce en raison de la situation sanitaire actuelle, de son état de santé et du fait qu'il n'a pas de formation professionnelle. Selon l'intimée, les motifs invoqués par l'appelant ne seraient pas suffisants pour justifier la baisse de revenu. L'attestation médicale produite en procédure d'appel ne saurait constituer un moyen de preuve suffisant en raison de sa production tardive et de son manque de précision (elle se rapporterait à la séparation et non pas à la charge de travail ou à d'autres difficultés professionnelles). Selon elle, l'appelant aurait pu garder son revenu antérieur ; il aurait changé de travail dans le but de ne plus être en mesure de contribuer à l'entretien de C.\_\_\_\_\_. Il aurait tout au moins pu trouver un emploi mieux rémunéré ou plus proche de son domicile. Elle invoque, de plus, que le montant de CHF 30'000.- en lien avec la remise des fonds de commerce doit ou devait être utilisé pour l'entretien de son enfant C.\_\_\_\_\_. 2.4.2. De manière générale, le débirentier qui diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien peut se voir imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêt TF 5A\_254/2019 du 18 juillet 2019 consid. 3.1). Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, l'imputation d'un revenu hypothétique présuppose cependant que le parent concerné puisse gagner un revenu plus élevé en produisant un effort raisonnable, c'est-à-dire à condition qu'il puisse annuler la diminution

de ses revenus. Si la réduction des revenus est effectivement irréversible, un revenu hypothétique peut être imputé uniquement si le parent concerné a réduit ses revenus dans l'intention de causer un dommage. Il est nécessaire, dans ce cas, que le parent concerné agisse avec mauvaise foi et fasse preuve d'un comportement abusif (arrêt du TF 5A\_403/2019 du 12 mars 2020 consid. 4.1. et références citées). Reprenant le principe général de l'abus de droit énoncé à l'art. 2 al. 2 CC, cette jurisprudence insiste sur l'intention de nuire du parent concerné. Pour que l'on puisse imputer un revenu hypothétique dans le cas d'une renonciation à des revenus volontaire et irrémédiable, il faut donc que cette réduction ait été précisément entreprise pour réduire une contribution dans la procédure matrimoniale en question (arrêt du TF 5A\_403/2019 du 12 mars 2020 consid. 4.2. et références citées). Puisque l'abus de droit ne peut être présumé qu'avec retenue, même si le parent concerné a, dans le cas concret, effectivement manqué à son obligation d'entretien, on ne saurait admettre sans autre qu'il a agi dans le but de nuire au créancier. Le fait que le comportement du parent semble n'avoir que peu de sens d'un point de vue objectif ne suffit pas en tant que tel pour en déduire qu'il

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 a l'intention de causer un dommage et d'abuser de ses droits. Il faut bien plus des indices clairs, qui laissent conclure sans aucun doute sur la renonciation abusive du parent concerné (arrêt TF 5A\_403/2019 du 12 mars 2020 consid. 4.3.1. et 4.3.2.). 2.4.3. En l'espèce et au vu de ce qui précède, il sied tout d'abord d'établir si la réduction des revenus de l'appelant est annulable ou s'il peut d'une autre manière revenir à la réalisation d'un revenu plus élevé. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, tous les secteurs de l'économie ne sont pas affectés de la même manière par la pandémie du COVID-19 (arrêt TF 5A\_467/2020 du 9 septembre 2020 consid. 5.3). Il n'empêche que les domaines de la restauration et de l'hôtellerie sont particulièrement touchés (arrêt TC FR 101 2019 410 du 20 novembre 2020 consid. 2.3.1), raison pour laquelle on ne saurait attendre de l'appelant qu'il se remette à son compte en ouvrant un bar, un café ou un restaurant en tant qu'indépendant. Compte tenu de cette situation économique précaire, on ne saurait en outre pas non plus attendre de lui qu'il change de poste à l'intérieur du domaine de la restauration. L'appelant n'a pas de formation. En ce qui concerne les autres possibilités de travail qui pourraient se présenter à lui, le calculateur statistique de salaires Salarium (cf. [www.salarium.ch](http://www.salarium.ch) [consulté le 10 décembre 2020]) retient qu'un homme de 43 ans, sans formation, au bénéfice d'un permis d'établissement, peut réaliser un revenu mensuel brut d'environ CHF 4'050.- à CHF 4'400.- pour une activité sans qualifications particulières (notamment dans l'industrie de la restauration) – ce qui ne dépasse pas, après déduction des cotisations sociales, le revenu effectif net de l'appelant. En présence d'une réduction de revenus irrémédiable, il est nécessaire, pour pouvoir lui imputer un revenu hypothétique, que le parent concerné ait réduit ses revenus précisément dans l'intention de nuire au créancier, en commettant un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (consid. 2.4.2. supra). Or, en l'espèce, il n'existe pas d'indices clairs, comme l'exige le Tribunal fédéral, qui permettent de conclure au fait que l'appelant ait cessé son activité auprès de "D. \_\_\_\_\_" dans l'intention de ne plus être en mesure de contribuer à l'entretien de sa fille C. \_\_\_\_\_. L'appelant a expliqué que ce changement d'activité était lié au fait qu'il ne s'entendait plus avec sa belle-sœur et que cela impactait sa santé, ses problèmes matrimoniaux s'y ajoutant. Si l'attestation du Dr F. \_\_\_\_\_ du 21 septembre 2020 ne mentionne pas précisément que les problèmes de santé de A. \_\_\_\_\_ étaient directement liés à cette collaboration, le médecin confirme que l'appelant souffrait de dépression, de sorte qu'il peut être retenu qu'il traversait une période difficile et que la fin de son activité d'indépendant ne visait pas

directement à porter atteinte aux intérêts de sa fille. Les conditions pour imputer un revenu hypothétique n'étant pas remplies en l'espèce, il convient de s'arrêter au revenu effectif de l'appelant. Son salaire net est de CHF 4'100.- par mois, mais il a été réduit temporairement en raison de la fermeture des restaurants comme conséquence de la crise sanitaire. Les restaurants devraient pouvoir rouvrir en Suisse romande dès mars 2021. Certes, la situation est incertaine mais quoi qu'il en soit, l'appelant ayant perçu un montant de CHF 30'000.- à titre de remise de commerce, le remplacement de son ancien revenu de CHF 5'000.- par son revenu actuel n'aura pas lieu de manière rétroactive, mais uniquement à partir du mois de janvier 2021. Il est en effet peu crédible qu'il ait utilisé l'intégralité de ce montant en l'espace de quelques mois. Ceci justifie de ne pas corriger les calculs de la Présidente rétroactivement pour l'année 2020, mais uniquement pour le futur, soit dès le 1er janvier 2021, même à admettre qu'en raison de la pandémie, son revenu en début 2021 pourrait être quelque peu inférieur.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 2.5. Au titre des charges de l'appelant, la Présidente a retenu un total de CHF 3'471.45, hors impôts, soit un minimum vital de CHF 1'200.-, un loyer de CHF 1'391.- (charges comprises), une prime d'assurance-maladie LAMal de CHF 456.15, une prime d'assurance RC-ménage de CHF 30.- et des frais de déplacements professionnels de CHF 394.30. L'intimée conteste le montant des charges de l'appelant par une formule générale (réponse ad 6 : « il y a lieu de penser que les charges actuelles de l'appelant sont inférieures à celles retenues »), ce qui ne constitue en soi pas une critique recevable. Certes et sans doute, certaines de ces charges pourraient être quelque peu allégées mais aucune d'elles n'apparaît manifestement erronée ou exagérée de sorte que la Cour devrait la revoir d'office. En outre, il faut relever que la première Juge n'a pas tenu compte des frais d'exercice du droit de visite (TC FR 101 2018 22 du 18 septembre 2018 in RFJ 2018 p. 392). On peut ainsi retenir que l'appelant doit assumer chaque mois des charges à hauteur de CHF 3'470.-, ce qui ne relève pas d'un train de vie aisé. 2.6. Partant, à compter du mois de janvier 2021, il sera retenu que le solde disponible de l'époux est de CHF 630.-. 2.7. Quant à la situation financière de l'intimée et le coût de l'enfant, la Présidente les a calculés, de manière incontestée en appel, jusqu'aux 16 ans de C. \_\_\_\_\_, et a fixé les pensions y afférentes. L'entretien convenable mensuel de C. \_\_\_\_\_ a notamment été estimé à CHF 1'680.40 jusqu'à ses dix ans, à CHF 1'920.40 dès ses dix ans jusqu'à son entrée à l'école secondaire. Il ressort également de la décision querellée qu'en l'état et au moins jusqu'à l'entrée à l'école secondaire de C. \_\_\_\_\_, la mère est en déficit (CHF 1'033.80 par mois). C'est dire que, en tous les cas jusqu'à ce moment-là, sauf modification des circonstances, le père devra consacrer l'entier de son disponible à l'entretien de sa fille. Dès lors que C. \_\_\_\_\_ est âgée de 5 ans, son entrée à l'école secondaire ne devrait pas survenir avant 6 ans au minimum. La procédure de divorce déjà pendante entre les parties devrait selon toute vraisemblance être terminée à ce moment-là, de sorte que les pensions fixées par mesures provisionnelles ne s'appliqueront plus. Il apparaît par ailleurs probable que les pronostics sur l'évolution de la situation financière des parties tels que formulés dans la décision querellée devront être affinés voire corrigés en fonction de l'évolution réelle. Dans ces conditions, la Cour renonce à régler les contributions financières en mesures provisionnelles déjà pour une période si lointaine, la décision du 15 septembre 2020 devant de toute façon être modifiée. 2.8. Au vu de ce qui précède, la contribution d'entretien de C. \_\_\_\_\_ sera réduite à CHF 630.- à compter du 1er janvier 2021. Les allocations familiales par CHF 300.- (art. 3 al. 1 de la loi vaudoise du 23 septembre 2008 d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des

prestations cantonales en faveur de la famille ; RSV 836.01) s'y ajoutent. Le coût de l'enfant n'est en l'état pas couvert à hauteur de CHF 750.- (CHF 1'680.40 – CHF 630.- – CHF 300.- = CHF 750.40), à charge du père dans l'hypothèse de l'art. 286a al. 1 CC. Il s'ensuit l'admission partielle de l'appel. 3. 3.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante; lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause. 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).

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 3.2. En l'espèce, vu l'admission partielle de l'appel, compte tenu encore de la possibilité d'être plus souple dans l'attribution des frais lorsque le litige relève du droit de la famille, il se justifie que, sous réserve de l'assistance judiciaire, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais de justice dus à l'Etat, fixés forfaitairement à CHF 1'000.- (art. 95 al. 2 let. b CPC). 3.3. La décision attaquée n'étant pas finale, c'est à juste titre que les frais y relatifs ont été réservés (art. 104 al. 3 CPC); il n'y a donc pas lieu de faire application de l'art. 318 al. 3 CPC. la Cour arrête : I. L'appel est partiellement admis. Partant, le chiffre II.6 du dispositif de la décision de mesures provisionnelles prononcée le

## **E. 15**

septembre 2020 par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine est modifié comme suit :

"6.A. \_\_\_\_\_ contribue à l'entretien de C. \_\_\_\_\_ par le versement d'une pension mensuelle de CHF 1'500.- du 1er avril 2020 au 31 décembre 2020 et de CHF 630.- à partir du 1er janvier 2021. Toutes allocations familiales ou prestations qui en tiennent lieu sont dues en sus. Les pensions sont payables en mains de B. \_\_\_\_\_, le premier de chaque mois, et portent intérêts à 5% l'an dès chaque échéance. Il est constaté qu'à compter du 1er janvier 2021, le coût d'entretien de C. \_\_\_\_\_ n'est pas couvert à hauteur de CHF 750.- à charge du père dans l'hypothèse de l'art. 286a al. 1 CC. II. Sous réserve de l'assistance judiciaire, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et assume la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés forfaitairement à CHF 1'000.-. III. 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 12 janvier 2021/emu Le Président : La Greffière :

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