

# FR\_GERICHTE 101 2016 279 vom 27. Oktober 2016

FR Kantonsgericht, 2016-10-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2016\\_279](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2016_279)

FR: FR\_GERICHTE 101 2016 279 du 27 octobre 2016

IT: FR\_GERICHTE 101 2016 279 del 27 ottobre 2016

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Eheschutzmassnahmen

## Erwägungen

### E. 1

a) L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance, 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. a et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a 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 19 août 2016 (DO/61). Déposé le 29 août 2016, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est de plus dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu les contributions d'entretien réclamées en première instance, la valeur litigieuse en appel est clairement supérieure à CHF 10'000.-. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel. b) La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime

Tribunal cantonal TC Page 3 de 8 inquisitoire, art. 272 CPC). Par ailleurs, la question de la contribution d'entretien entre époux est régie par le principe de disposition (art. 58 CPC). c) La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). d) Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel, pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition s'applique aussi aux procès soumis à la maxime inquisitoire (ATF 138 III 625 consid. 2.2); il a ainsi décidé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (arrêt TF 4A\_310/2012 du 1er octobre 2012 consid. 2.1). En ce qui concerne les pseudo nova, soit ceux qui existaient déjà en première instance, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance: tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance, de sorte que la diligence requise suppose qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêt TF 5A\_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1). En l'espèce, A. \_\_\_\_\_ produit nouvellement en appel des factures d'huile de chauffage de 2011, 2013 et 2015, afin de prouver la quotité de ses frais de chauffage. Il n'explique toutefois pas pour quel motif il

n'a pas versé ces pièces au dossier en première instance, alors qu'il le pouvait dès lors qu'elles sont bien antérieures à l'introduction de la procédure. Dans ces conditions, il faut retenir qu'il n'a pas fait preuve de la diligence requise, ce qui a pour conséquence que la production de ces documents en appel est tardive, et partant irrecevable. Quant à B. \_\_\_\_\_, elle produit en appel son contrat de bail, conclu le 29 août 2016, ainsi que des certificats médicaux des 5 septembre et 7 octobre 2016. Ces pièces sont recevables, dès lors qu'elles attestent des faits pour l'essentiel postérieurs à la décision attaquée. e) 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. f) Vu le montant de CHF 3'850.- par mois notamment contesté en appel, comme la durée en l'état indéterminée des mesures prononcées, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral est largement supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

## E. 2

L'appelant critique d'abord la contribution d'entretien de CHF 3'850.- allouée à son épouse depuis le 10 mai 2016. Il conclut à sa suppression dès le 1er septembre 2016, en raison de l'imputation d'un revenu hypothétique à l'intimée, et demande à n'être astreint à verser, pour les mois précédents, qu'un montant global de CHF 7'016.30. a) Aux termes de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, 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

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 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 126 III 8 consid. 3c; arrêt TF 5A\_11/2014 du 3 juillet 2014 consid. 4.3.1.1).

Néanmoins, lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, les critères applicables à l'entretien des conjoints après le divorce (art. 125 CC) doivent être pris en compte par le juge des mesures provisionnelles ou protectrices pour déterminer le droit de chacun à une contribution d'entretien (ATF 128 III 65 consid. 4a); la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux – après un délai convenable (ATF 129 III 417) – se pose alors. Dans l'ATF 137 précité, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence, en ce sens que le juge des mesures provisionnelles doit examiner si et dans quelle mesure, au vu des faits nouveaux que constituent la vie séparée et les frais plus importants en découlant, on peut attendre de l'époux désormais déchargé de son obligation de tenir le ménage antérieur, en raison de la suspension de la vie commune, qu'il investisse d'une autre manière sa force de travail ainsi libérée et reprenne ou étende son activité lucrative; en revanche, il ne doit pas trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, 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. b) En l'espèce, le premier juge a retenu que B. \_\_\_\_\_ n'exerce aucune activité lucrative et se trouve en incapacité totale de travailler. Il a dès lors refusé de lui imputer un revenu hypothétique (décision attaquée, p. 5). L'appelant critique ce raisonnement, faisant valoir que son épouse a travaillé avant et durant le mariage, respectivement comme vendeuse et maman de jour à domicile, et qu'elle doit dès lors être en mesure, malgré ses problèmes de santé et d'alcool, de trouver un poste de vendeuse à plein temps (appel, p. 10 à 12). La jurisprudence (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2) admet qu'il est généralement présumé

déraisonnable d'exiger la reprise ou l'extension d'une activité lucrative au-delà de l'âge de 45, voire 50 ans (c'est l'âge lors de la séparation qui est déterminant: arrêt TF 5C.320/2006 du 1er février 2007 consid. 5.6.2.2), mais la présomption peut être renversée, car ce n'est pas l'âge qui la fonde, mais bien plutôt le fait d'avoir ou non exercé une activité lucrative pendant le mariage (arrêt TF 5C.32/2001 du 19 avril 2001 consid. 3b). Tout dépend en définitive de critères tels que la répartition précédente des tâches, la formation professionnelle, le marché de l'emploi, la charge d'enfants (BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, p. 97). Il faut cependant que la possibilité effective de réaliser un revenu supérieur à celui effectivement perçu soit vraisemblable (ATF 137 III 118 consid. 2.3). Dans le cas particulier, l'intimée est âgée de presque 46 ans et elle n'a pas eu d'activité professionnelle récente, hormis celle de maman de jour qu'elle a dû arrêter d'exercer (DO/45). En outre, il ne résulte pas du dossier qu'elle aurait une formation professionnelle. De plus, et surtout, selon les certificats médicaux produits en appel, elle se trouve en incapacité totale de travailler depuis le mois de mai 2016 et jusqu'au 31 octobre 2016 au moins. Compte tenu de son âge, de son absence de formation et de ses problèmes de santé, c'est dès lors à juste titre que le Président a fait abstraction d'un quelconque revenu à bref et moyen terme. Ce grief est infondé. c) Quant aux charges de l'intimée, le premier juge a pris en compte un total de CHF 2'853.40, soit un loyer de CHF 1'200.-, une prime d'assurance-maladie de base de CHF 428.40, une prime d'assurance-ménage de CHF 25.- et un minimum vital de CHF 1'200.- (décision attaquée, p. 5).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 Concernant le loyer, il faut cependant relever avec l'appelant (appel, p. 13) que, jusqu'au 30 septembre 2016, l'épouse n'en a pas acquitté puisqu'elle a déclaré qu'elle était hébergée par une amie, sans indiquer avoir dû verser une participation au loyer (DO/45). Dès lors, les CHF 1'200.- retenus ne peuvent pas être pris en compte pour la période antérieure au 1er octobre 2016, cette charge n'étant pas effective (ATF 126 III 89 consid. 3b; arrêt TF 5A\_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.1). Quant à la période postérieure à cette date, il résulte du contrat de bail produit en appel que le loyer s'élève en réalité à CHF 1'000.- par mois. Le mari s'en prend aussi au minimum vital pour la période antérieure au 30 septembre 2016, faisant valoir qu'il se monte à CHF 850.- puisque son épouse faisait ménage commun avec une amie (appel, p. 13). Il se trompe toutefois: en effet, selon la jurisprudence (ATF 132 III 483 consid. 4.2 et 4.3; arrêt TF 5A\_285/2013 du 24 juillet 2013 consid. 4.4), lorsque deux adultes font ménage commun sans former un couple, il paraît très vraisemblable que chacun n'assume pas seul certaines dépenses comprises dans le montant mensuel de base du minimum vital, ce qui justifie une réduction de celui-ci, par exemple à CHF 1'000.-, parallèlement à une participation équitable de chacun aux frais de logement. Or, en l'espèce, il n'a pas été tenu compte d'une telle participation parmi les charges de l'intimée, de sorte que son minimum vital ne doit pas être diminué. Compte tenu de ce qui précède, le total de charges de B. \_\_\_\_\_, équivalant à son déficit, s'est monté à CHF 1'628.40 par mois (CHF 1'200.- de minimum vital + CHF 428.40 de caisse-maladie) jusqu'au 30 septembre 2016; depuis cette date, il s'élève à CHF 2'653.40, après ajout du loyer et de la prime d'assurance-ménage. d) S'agissant de A. \_\_\_\_\_, le Président a retenu, sur la base du certificat de salaire 2015, qu'il gagne CHF 9'698.- par mois, part au 13ème salaire incluse (décision attaquée, p. 5). L'appelant fait valoir qu'il convient d'en déduire l'allocation de formation de CHF 300.- par mois qu'il a perçue – et perçoit toujours – pour son fils D. \_\_\_\_\_, en apprentissage (appel, p. 13). Cela semble correct, les fiches de salaire de 2016 (pièce 5 du bordereau de première

instance de l'épouse) mentionnant cette allocation, qui est destinée à l'enfant majeur. Le revenu déterminant de l'époux se monte ainsi à CHF 9'398.- par mois. Au niveau des charges de l'appelant, le premier juge a pris en compte un total de CHF 4'102.40, dont CHF 1'113.05 de coût de sa villa, charges incluses mais hors frais de chauffage, non prouvés, CHF 1'200.- de minimum vital, CHF 428.40 pour l'assurance-maladie de base et CHF 1'360.95 pour les impôts (décision attaquée, p. 5 s.). Il a écarté les assurances complémentaires et vie, ainsi que le coût d'entretien des enfants majeurs et les frais professionnels allégués. e) Le mari lui reproche d'abord de ne pas avoir pris en compte les frais d'entretien de ses fils, qui se trouvent encore en formation (appel, p. 6 s. et 9 s.). Cependant, selon la jurisprudence (ATF 132 III 209 consid. 2.3), l'obligation d'entretien du conjoint l'emporte sur celle de l'enfant majeur, de sorte que les frais d'entretien de ce dernier ne doivent pas être inclus dans le minimum vital, même élargi, de l'époux débirentier. Partant, c'est à juste titre que le Président a écarté ces frais et il n'y a pas lieu de distinguer, comme le voudrait l'appelant, entre la situation dans laquelle le minimum vital du conjoint qui demande une pension est couvert et celle où il ne l'est pas. Il n'est de plus pas décisif que l'épouse n'ait pas contesté la prise en compte de ces frais en première instance, dès lors que le juge doit établir les faits d'office (art. 272 CPC).

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 Concernant les frais de logement, A.\_\_\_\_\_ fait grief au premier juge d'avoir mal arrêté l'assurance bâtiment et l'assurance-ménage, d'une part, et d'avoir écarté les frais de chauffage, d'autre part (appel, p. 14). Les différences qu'il relève pour les deux assurances portent toutefois sur des montants minimes de quelques dizaines de francs, qui de plus se compensent largement entre eux, de sorte qu'il n'y a pas lieu de revoir la décision sur ce point. Quant aux frais de chauffage, le Président a refusé d'en tenir compte au motif qu'ils n'étaient pas prouvés; de son côté, l'appelant fait valoir que le fait qu'il est nécessaire de se chauffer est notoire et que le montant avancé de CHF 250.- par mois était raisonnable, ce qui serait confirmé par les factures qu'il produit en appel. Celles-ci sont cependant irrecevables (supra, ch. 1d) et le mari ne saurait être suivi lorsqu'il soutient que la quotité des frais de chauffage serait un fait notoire, dans la mesure où elle dépend de plusieurs facteurs, dont le type de chauffage en cause, que l'époux n'a au demeurant pas spécifié dans sa réponse de première instance alors qu'il a une obligation de collaborer (art. 160 al. 1 CPC). Quoiqu'il en soit, même si le premier juge avait retenu cette charge – non établie – à hauteur de CHF 250.- par mois, la pension ne s'en serait pas trouvée modifiée (infra, ch. 2f). L'appelant reproche encore au premier juge de ne pas avoir retenu un montant de CHF 557.60 à titre de frais professionnels et de repas hors du domicile, à l'instar de ce qui est admis fiscalement (appel, p. 14). Il résulte cependant de ses fiches de salaire (pièce 5 du bordereau de première instance de l'épouse) qu'il perçoit de son employeur des indemnités pour les repas à l'extérieur et, en outre, il n'a pas allégué avoir des frais professionnels particuliers, de vêtements par exemple. Dès lors, cette charge ne peut pas être prise en compte. Le mari voudrait encore que soient retenues les assurances complémentaires pour maladie, par CHF 70.- environ, et l'assurance-vie dont il est titulaire, à raison de CHF 416.70 par mois (appel, p. 14). Il propose toutefois en parallèle que des montants respectifs de quelque CHF 50.- et CHF 219.65 soient pris en compte pour ces postes dans le budget de son épouse (appel, p. 13). Dès lors, l'admission de ses griefs n'aurait qu'une incidence minime, de l'ordre de CHF 100.- par mois au maximum, sur la contribution à verser à l'intimée, voire un montant encore moindre dès lors que la solution retenue en première instance s'écarte, en faveur du mari, d'une répartition stricte des soldes par la moitié. Il n'est ainsi pas nécessaire de trancher cette question, pas plus que, pour le

même motif, celle de savoir si, compte tenu du fait qu'il a la charge de ses enfants majeurs, le minimum vital de l'appelant doit être augmenté de CHF 1'200.- à CHF 1'350.- par mois.

f) Au vu de ce qui précède, en prenant en compte les frais de chauffage, le disponible de A. \_\_\_\_\_ s'élève à CHF 5'045.60 par mois, impôts payés (CHF 9'398.- – CHF 4'102.40 – CHF 250.-). Vu le déficit actuel de l'intimée, soit CHF 2'653.40, la contribution d'entretien de CHF 3'850.- par mois décidée par le premier juge doit être confirmée, dès lors qu'elle correspond exactement à un partage des soldes par la moitié (CHF 2'653.40 +  $[\frac{1}{2} \times (\text{CHF } 5'045.60 - \text{CHF } 2'653.40)] = \text{CHF } 3'849.50$ ). Comme déjà mentionné, la solution serait d'ailleurs plus ou moins la même si l'on retenait chez chacun les assurances non indispensables et un minimum vital du mari de CHF 1'350.-, puisque l'on aboutirait à une pension de CHF 3'700.- environ [déficit de CHF 2'923.- pour l'épouse et disponible de CHF 4'409.- pour le mari; CHF 2'923.- +  $\frac{1}{2} \times (\text{CHF } 4'409.- - \text{CHF } 2'923.-) = \text{CHF } 3'666.-$ ]. Vu la faible différence, il n'y a pas lieu de modifier la contribution décidée par le Président, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1 et les références citées).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 Pour la période antérieure au 30 septembre 2016, la pension doit en revanche être diminuée à CHF 3'300.-: en effet, l'intimée n'avait alors pas à assumer de loyer ni d'assurance-ménage, soit des charges de CHF 1'025.- par mois, dont la moitié doit se répercuter sur la contribution d'entretien. Il est précisé que ce montant de CHF 3'300.- par mois est conforme au principe de disposition: en effet, B. \_\_\_\_\_ avait demandé CHF 4'350.- jusqu'en août puis CHF 3'250.- pour septembre 2016 (DO/44), de sorte qu'au total il lui est alloué moins que ce à quoi elle concluait. Comme décidé par le premier juge, il conviendra de déduire de ces pensions la somme de CHF 2'300.-, ainsi que les primes d'assurance-maladie des mois de mai à juillet 2016, que l'appelant a déjà payées à son épouse. Il s'ensuit l'admission (très) partielle de l'appel sur la question de l'entretien de l'intimée.

### **E. 3**

L'appelant conteste aussi la provisio ad litem de CHF 2'300.- octroyée à son épouse en première instance. Il fait valoir que, compte tenu notamment de la contribution d'entretien allouée, l'intimée est en mesure d'assumer elle-même ses frais d'avocat (appel, p. 16). La provisio ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (arrêt TF 5A\_778/2012 du 24 janvier 2013 consid. 6.1; ATF 103 Ia 99 consid. 4). En l'espèce, après prise en compte de la contribution d'entretien octroyée avec effet rétroactif depuis le 10 mai 2016, l'intimée dispose certes d'un solde mensuel compris entre (environ) CHF 1'200.- et CHF 1'700.-, avant impôts toutefois. Cependant, l'appelant a un disponible équivalent et, en plus, ne conteste pas être titulaire d'une épargne de CHF 56'604.80, comme le premier juge l'a retenu. Dans ces conditions, il est largement en mesure de verser à son épouse, en sus de la contribution d'entretien, la participation raisonnable à ses frais de défense décidée par le Président, soit CHF 2'300.-, débours et TVA inclus. L'appel doit être rejeté sur cette question.

### **E. 4**

a) Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante. Toutefois, l'art. 107 al. 1 CPC permet au juge de s'écarter de cette règle et de répartir les

frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (let. c). Il ne résulte cependant pas de cette disposition qu'il faudrait toujours répartir les frais par moitié dans une procédure matrimoniale: si celle-ci est litigieuse, il est conforme à la volonté du législateur et admissible de répartir les frais en fonction du gain ou de la perte du procès sur les effets accessoires (arrêt TF 5A\_70/2013 du 11 juin 2013 consid. 6). En l'espèce, A. \_\_\_\_\_ succombe sur l'ensemble des points attaqués, hormis très partiellement en ce qui concerne la pension pour son épouse avant le 30 septembre 2016. Il se justifie dès lors de mettre à sa charge l'ensemble des frais d'appel, comprenant notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, par CHF 1'200.-, qui seront prélevés sur son avance (art. 111 al. 1 CPC). b) 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).

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 En l'espèce, compte tenu de ces critères, en particulier de la longueur du mémoire d'appel (18 pages), les dépens de B. \_\_\_\_\_ peuvent être arrêtés au montant de CHF 2'000.-, débours compris, plus la TVA par CHF 160.- (8 % de CHF 2'000.-). la Cour arrête: I. L'appel est très partiellement admis. Partant, le chiffre 3 du dispositif de la décision prononcée le 17 août 2016 par le Président du Tribunal civil de la Sarine est réformé comme suit: "3. A. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de B. \_\_\_\_\_ par le versement d'une pension mensuelle de CHF 3'300.- du 10 mai au 30 septembre 2016, puis de CHF 3'850.- dès le 1er octobre 2016. De ces montants seront déduits le montant de CHF 2'230.- et les primes d'assurance-maladie de mai à juillet 2016 déjà payés. Cette pension est payable d'avance le 1er de chaque mois et portera intérêt à 5 % l'an dès chaque échéance. Elle sera indexée au coût de la vie, au 1er janvier de chaque année, l'indice de référence étant celui du mois durant lequel le jugement aura été rendu. Le montant indexé sera arrondi au franc supérieur. L'indexation n'interviendra cependant que si et dans la mesure où les revenus de A. \_\_\_\_\_ sont augmentés, le fardeau de la preuve lui incombant." Au surplus, le chiffre 5 de ce dispositif est confirmé. 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 son avance. III. Les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ sont fixés globalement à la somme de CHF 2'000.-, débours compris, plus la TVA par CHF 160.-. IV. Communication. 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 27 octobre 2016/lfa Président Greffier-rapporteur