

# FR\_GERICHTE 101 2017 84 vom 8. Mai 2017

FR Kantonsgericht, 2017-05-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_84](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_84)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 84 du 8 mai 2017

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 84 del 8 maggio 2017

## 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 à la mandataire de l'appelante le 2 mars 2017. Déposé le lundi 13 mars 2017, dernier jour reporté (art. 142 al. 3 CPC) du délai arrivé à échéance la veille, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est de plus dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu la contribution d'entretien de CHF 2'500.- par mois réclamée en première instance, montant dont le mari n'admettait que CHF 500.- mensuels, 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 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

Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 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. S'agissant d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisoires, soumise à la maxime inquisitoire, le tribunal de première instance

admet les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC en lien avec l'art. 272 CPC). Ni le texte légal ni les travaux préparatoires ne précisent ce qu'il faut entendre par "jusqu'aux délibérations". Pour les juridictions fonctionnant avec un juge unique, la délibération correspond en réalité au moment de la prise de décision, activité purement intellectuelle et qui ne s'extériorise d'aucune manière. Dans ce cas, la phase de prise de décision commence dès la clôture des débats principaux, soit la fin des plaidoiries orales, lorsqu'il y en a, ou l'échéance du délai, le cas échéant prolongé, pour déposer des plaidoiries écrites selon l'art. 232 al. 2 CPC (arrêt TF 5A\_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1). Cependant, le Tribunal fédéral estime qu'il n'est pas arbitraire d'imposer au recourant, compte tenu de son devoir de collaboration (art. 160 al. 1 CPC), d'informer l'autorité immédiatement, à tout le moins jusqu'à ce qu'il ait connaissance de l'ouverture des délibérations, de tout fait nouveau susceptible d'influer la décision à prendre (arrêts TF 5A\_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.3 et 5A\_541/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.2). En l'espèce, l'épouse produit nouvellement en appel (pièce 4) une fiche manuscrite indiquant les chiffres d'affaires réalisés par sa boutique entre septembre 2015 et février 2017. Elle n'expose toutefois pas pour quelle raison elle n'a pas fourni cette pièce, qui concerne une période antérieure à la décision querellée du 1er mars 2017, à la première juge. Certes, celle-ci a tenu audience en septembre 2016, mais les parties ont ensuite encore dû produire des pièces complémentaires et l'épouse a notamment fait spontanément parvenir à la Présidente, les 15 décembre 2016 et 12 janvier 2017, des copies d'offres d'emploi qu'elle a effectuées. On ne voit dès lors pas ce qui empêchait l'appelante d'établir alors la fiche manuscrite dont elle se prévaut en appel, puisqu'elle n'avait pas connaissance de l'ouverture de délibérations. Il faut donc retenir qu'elle n'a pas fait preuve de la diligence requise, ce qui s'oppose à la prise en compte du document produit pour la première fois devant la Cour. 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 les montants contestés 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).

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7

## **E. 2**

L'appelante conclut à ce que la pension en sa faveur soit augmentée à CHF 1'870.- par mois jusqu'au 31 octobre 2016, puis à CHF 1'570.- par mois. 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 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, la première juge a retenu que le mari gagne CHF 5'846.10 par mois et que, compte tenu de ses charges arrêtées à CHF 3'205.15, il dispose d'un solde mensuel avant impôts de CHF 2'640.95 (décision querellée, p. 7). En appel, nul ne critique ces constatations. S'agissant de l'épouse, elle a pris en compte actuellement un revenu estimé à CHF 750.- par mois par l'exploitation à mi-temps d'une boutique de vêtements de seconde main, plus CHF 850.- obtenus par la location d'un appartement de 2 ½ pièces situé dans sa maison et, depuis le 1er novembre 2016, un revenu de CHF 700.- provenant d'un colocataire. Dès le 1er septembre 2017, la Présidente a imputé un revenu hypothétique de CHF 1'600.-, auquel s'ajoutent les revenus locatifs précités (décision attaquée, p. 5 s.). L'appelante conteste tous ces montants. c) Concernant les revenus locatifs, A. \_\_\_\_\_ fait valoir qu'il faut déduire des CHF 850.- et CHF 700.- la part d'impôts afférente à ces revenus, ainsi que les charges qu'elle assume en tant que propriétaire (appel, p. 14). Elle oublie toutefois que les impôts des parties n'ont pas du tout été pris en compte et que l'ensemble des charges alléguées en lien avec la maison ont été retenues séparément, sauf l'électricité de son magasin et les frais d'entretien de la maison, réduits de CHF 300.- à CHF 200.- (mémoire du 14 juin 2016, p. 6, et décision attaquée, p. 6 s.). Par conséquent, c'est à juste titre que la première juge a pris en considération l'intégralité des revenus locatifs. Cela étant, la Présidente a estimé le revenu retiré de la boutique de l'épouse à CHF 750.- en moyenne en se fondant, d'une part, sur une feuille manuscrite de comptabilité pour septembre 2015 à avril 2016, produite en audience, qui fait état d'un revenu mensuel compris entre CHF 584.- et CHF 985.- et, d'autre part, sur les déclarations de l'appelante en audience selon lesquelles,

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 jusqu'en 2015, elle gagnait environ CHF 1'500.- par mois avant déduction des charges. L'appelante le lui reproche, faisant valoir qu'elle n'a pas de connaissances comptables et que, quand elle a parlé de gain, il s'agissait en réalité de chiffre d'affaires, et non de bénéfice, ce qui est aussi le cas des nombres figurant sur sa fiche de comptabilité; de plus, elle invoque plusieurs éléments pour expliquer une diminution de son revenu, selon elle à hauteur de CHF 500.- par mois environ, à savoir le fait qu'elle a subi une dépression et une fracture du poignet, le fait qu'elle a dû déplacer le container dans lequel se trouve sa boutique et le fait qu'elle exerce son activité dans un secteur difficile (appel, p. 9 à 13). Entendue le 8 septembre 2016 (p-v de cette audience, p. 2), A. \_\_\_\_\_ a déclaré en substance que, de 2003 à 2009, elle a repris la boutique auparavant exploitée par C. \_\_\_\_\_ et gagnait CHF 1'500.- par mois; après avoir arrêté de travailler pendant deux ans pour s'occuper de ses petits-enfants, elle a ouvert un magasin de seconde main dans un container situé à côté de C. \_\_\_\_\_, celle-ci utilisant désormais ses locaux à d'autres fins. Elle a précisé: "Je travaillais 5 après-midis par semaine avec ma maman de 14.00 à 18.00 heures. Je gagnais Fr. 1'500.- moins ce que je donnais à ma maman de temps en temps. En 2015, j'ai changé de place mon container car je ne pouvais plus le laisser où il était. Je l'ai mis à côté de chez moi. Je travaille 4 après-midis par semaine en plus du temps où je dois

mettre en place la marchandise. Je gagne entre Fr. 250.- et Fr. 300.- par mois". Même si l'on peut certes admettre qu'en parlant d'un "gain" de CHF 1'500.- par mois avant 2015, elle pouvait en réalité vouloir indiquer le chiffre d'affaires de la boutique, il n'en demeure pas moins que la première juge n'a retenu que la moitié de cette somme comme revenu, ce qui paraît tenir compte des charges, y compris le leasing du container par CHF 670.-. Au demeurant, pour la période actuelle, l'épouse a aussi parlé d'un "gain" de CHF 250.- à CHF 300.-, ce qui ne peut pas être le chiffre d'affaires, d'autant moins que dans son appel elle avance un revenu de CHF 500.-. Quant à la fiche de comptabilité produite en première instance, elle mentionne pour 8 mois (septembre 2015 à avril 2016) un montant total de CHF 6'269.-, soit CHF 783.- par mois, part revenant aux clients qui déposent des habits à vendre déjà déduite, sans qu'il soit possible de déterminer s'il s'agit du chiffre d'affaires ou du bénéfice. L'épouse n'ayant fourni que très peu d'éléments probants pour estimer ses revenus, elle ne saurait reprocher à la Présidente d'avoir tenu compte de ses déclarations pour prendre en compte un montant mensuel de quelque CHF 750.- pour une activité à mi-temps, ce qui est déjà très bas. Son grief sera dès lors rejeté. d) Dès le 1er septembre 2017, la décision attaquée impute à l'épouse un revenu hypothétique de CHF 1'600.- par mois, réalisable par une activité salariée de vendeuse – de vêtements par exemple – à mi-temps. La première juge a retenu qu'elle est certes âgée de 54 ans, mais avait 49 ans lorsque son mari et elle ont parlé pour la première fois de séparation en 2012, et qu'elle a une grande expérience dans le domaine de la vente, puisqu'elle travaille à temps partiel dans ce domaine depuis 1988, quand bien même elle n'a pas de formation autre qu'un diplôme de secrétariat. Dès lors, elle a estimé qu'elle pouvait augmenter un peu son revenu. L'appelante critique ce raisonnement, faisant valoir qu'elle n'a pas de formation, que pendant le mariage elle s'est principalement consacrée à l'éducation de ses enfants, avec l'accord de son mari, qu'aucune entreprise ne voudra l'engager car elle coûte trop cher en charges sociales et qu'elle vient de s'établir en qualité d'indépendante, de sorte qu'il est trop tôt pour dire si cette activité est viable (appel, p. 14 à 16). 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

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 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). En outre, dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, l'exigence d'indépendance économique des époux est moins accentuée que lors d'un divorce, ce qui implique de tenir compte dans une plus large mesure de la répartition des rôles décidée et pratiquée du temps de la vie commune (arrêt TF 5A\_319/2016 du 27 janvier 2017 consid. 4.2). En l'espèce, l'épouse est âgée de 54 ans et elle avait 52 ans lors de la séparation effective, intervenue il y a deux ans. Elle est dès lors arrivée à une période de sa vie à laquelle il est notoirement très difficile de trouver un emploi, surtout pour une personne qui, comme elle, n'a pas de formation professionnelle, même si elle a certes de l'expérience dans la vente. De plus, il ne faut pas omettre le fait qu'elle travaille déjà plus ou

moins à mi-temps, dans une activité qu'elle exerçait déjà du temps de la vie commune avec l'accord de son mari. Il semble dès lors difficile d'attendre d'elle qu'elle cherche et trouve à brève échéance un emploi salarié lui rapportant le revenu pris en compte par la première juge. En revanche, dans la mesure où elle tient déjà une boutique qui n'est ouverte que quatre demi-jours par semaine, il paraît raisonnable de lui demander, soit d'élargir un peu cette activité pour essayer d'augmenter le revenu qu'elle en retire, soit de trouver un petit emploi d'appoint pour compléter celui-ci, par exemple dans la livraison de journaux ou le télémarketing. Partant, depuis le 1er septembre 2017, un revenu légèrement supérieur pouvant être estimé à CHF 1'000.- par mois sera pris en compte. e) Jusqu'au 31 août 2017, compte tenu de ses charges non contestées de CHF 2'394.20 au total par mois, l'appelante subit le déficit calculé par la Présidente, soit CHF 794.20, puis CHF 94.20 depuis le 1er novembre 2016. Les pensions respectives de CHF 1'720.- et CHF 1'370.- par mois doivent ainsi être confirmées, dans la mesure où elles correspondent à un partage des soldes par la moitié (décision attaquée, p. 7). Depuis le 1er septembre 2017, un revenu total de CHF 2'550.- (CHF 1'000.- + CHF 850.- + CHF 700.-) doit être pris en compte. Les charges de l'appelante s'élevant toujours à CHF 2'394.20, puisque le coût d'un abonnement de bus ne paraît pas indispensable a priori, elle a un disponible déterminant de CHF 155.80 par mois. Elle a dès lors droit à une contribution d'entretien correspondant à la moitié de la différence entre ce solde et celui de son mari, soit CHF 1'240.- par mois ( $\frac{1}{2} \times [CHF 2'640.95 - CHF 155.80] = CHF 1'242.60$ ). Il s'ensuit l'admission partielle de l'appel, pour la période postérieure au 1er septembre 2017.

### E. 3

Vu le sort de la procédure d'appel, il se justifie que, sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée à A.\_\_\_\_\_, chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.- (art. 106 al. 2 CPC).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 la Cour arrête: I. L'appel est partiellement admis. Partant, le chiffre 3 du dispositif de la décision prononcée le 1er mars 2017 par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine est réformé comme suit: "3. B.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de A.\_\_\_\_\_ par le versement des pensions mensuelles suivantes: - CHF 1'720.- jusqu'au 31 octobre 2016, - CHF 1'370.- du 1er novembre 2016 au 31 août 2017, et - CHF 1'240.- dès le 1er septembre 2017." II. Sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée à A.\_\_\_\_\_, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.-. III. 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 8 mai 2017/lfa Vice-Présidente Greffier-rapporteur

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