



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

101 2018 197

Arrêt du 13 septembre 2018

I^o Cour d'appel civil

Composition

Président:	Jérôme Delabays
Juges:	Hubert Bugnon, Sandra Wohlhauser
Greffier-rapporteur:	Ludovic Farine

Parties

A. _____, **requérant** et **appelant**, représenté par Me Isabelle Brunner Wicht, avocate

contre

B. _____, **défenderesse** et **intimée**, représentée par Me Valentin Aebischer, avocat

Objet

Modification de mesures protectrices de l'union conjugale, pension en faveur de l'épouse

Appel du 30 juillet 2018 contre la décision de la Présidente *ad hoc* du Tribunal civil de la Sarine du 10 juillet 2018

considérant en fait

A. A. _____ et B. _____, nés respectivement en 1979 et 1962, se sont mariés en 2002. Aucun enfant n'est issu de leur union.

Les époux vivent séparés depuis le 23 juillet 2017. Par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 octobre 2017, réformée par arrêt de la Cour de céans du 31 janvier 2018, le mari a notamment été astreint à verser à son épouse une contribution d'entretien mensuelle de CHF 1'400.- depuis le 23 juillet 2017.

B. Le 16 avril 2018, A. _____ a sollicité la modification des mesures protectrices, en ce sens qu'il soit constaté que, depuis le 1^{er} janvier 2018, il n'est plus en mesure de contribuer à l'entretien de son épouse.

Par décision du 10 juillet 2018, la Présidente *ad hoc* du Tribunal civil de la Sarine (ci-après: la Présidente) a décidé que la pension due à B. _____ serait réduite à CHF 1'050.- par mois de mai à décembre 2018, puis à CHF 1'000.- par mois.

C. Par acte du 30 juillet 2018, A. _____ a interjeté appel contre la décision du 10 juillet 2018. Il conclut, sous suite de frais, principalement à ce que sa requête du 16 avril 2018 soit admise et à ce qu'il soit constaté qu'il ne doit aucun entretien à son épouse; subsidiairement, il demande que la pension en faveur de celle-ci soit réduite à CHF 790.-. Dans son appel, il a en outre requis l'assistance judiciaire, que le Président de la Cour lui a octroyée par arrêt du 9 août 2018.

Dans sa réponse du 24 août 2018, B. _____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision attaquée, sous suite de frais. En plus, elle a également requis l'assistance judiciaire, qui lui a été accordée par arrêt du 27 août 2018.

en droit

1.

1.1. 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'appelant le 18 juillet 2018. Déposé le lundi 30 juillet 2018, dernier jour reporté (art. 142 al. 3 CPC) du délai arrivé à échéance le samedi précédent, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est de plus dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu suppression de la pension mensuelle de CHF 1'400.- requise et contestée en première instance, la valeur litigieuse en appel est clairement supérieure à CHF 10'000.-. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

1.2. 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).

1.3. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC).

1.4. 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 simple (ATF 142 III 413 consid. 2.2.2 et 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 1^{er} 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, A. _____ allègue nouvellement en appel (p. 7) qu'il n'a pas reçu son salaire de mai 2018; il produit à cet égard une attestation de la société, signée par son associé, du 1^{er} juin 2018 (pièce 5). Il n'explique toutefois pas pour quelle raison il n'a pas invoqué cet élément en première instance, alors qu'il le pouvait, l'audience ayant eu lieu le 28 mai 2018 et le mari ayant encore produit des pièces le 8 juin 2018, soit une attestation relative au non-versement du salaire de janvier 2018 et les comptes 2015 à 2017 de sa société. Dans ces conditions, les fait et moyen de preuve nouveaux sont irrecevables en appel.

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 nécessaires 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 la durée en l'état indéterminée des mesures prononcées, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral paraît supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

2.

L'appelant s'en prend à la diminution de la contribution destinée à son épouse à CHF 1'050.-, puis CHF 1'000.- par mois. Il conclut principalement à sa suppression, subsidiairement à sa réduction à CHF 790.- par mois.

2.1. Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (arrêt TF 5A_883/2011 du 20 mars 2012

consid. 2.4). Selon cette disposition, 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. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt TF 5A_287/2013 du 5 août 2013 consid. 2). La procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger la première fixation, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (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). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de nouvelles mesures (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1).

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).

2.2. En l'espèce, la première juge a retenu que le mari, administrateur et salarié de la société C._____ SA, gagnait CHF 4'885.85 net lors du prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, tandis qu'en avril 2018, lors de l'introduction de la procédure de modification, il réalisait un revenu net de CHF 4'187.55. Elle a estimé que cette diminution de salaire de 14.28 % devait être considérée comme importante et, compte tenu des mauvais résultats de l'entreprise depuis plusieurs années, *a priori* durable et non volontaire. Elle a dès lors admis l'existence d'un cas de modification (décision attaquée, p. 6), ce qui n'est pas contesté en appel.

Elle a ensuite établi les situations financières respectives des époux. Concernant B._____, elle a retenu qu'elle ne travaille toujours pas et qu'elle perçoit uniquement un revenu locatif de CHF 302.85, qui devrait pouvoir augmenter à CHF 677.90 dès janvier 2019 compte tenu d'une renégociation du contrat de crédit hypothécaire. Après déduction de ses charges, arrêtées à CHF 1'614.50, la Présidente a dès lors pris en compte un déficit de CHF 1'311.65 jusqu'au 31 décembre 2018, puis de CHF 936.60 (décision attaquée, p. 8 s.).

Quant à A._____, la décision querellée retient que, compte tenu de ses charges totalisant CHF 3'390.35, il dispose actuellement d'un solde mensuel avant impôts de CHF 797.20 (CHF 4'187.55 – CHF 3'390.35). Toutefois, la société qu'il administre est durablement déficitaire, au vu des bilans comptables des exercices 2015 à 2017 produits, et pour la première juge il n'est pas déraisonnable d'attendre de l'appelant, qui doit exploiter au mieux sa capacité économique, qu'il renonce à cette activité indépendante pour trouver un travail mieux rémunéré. Vu son âge (39ans) et son expérience d'une bonne dizaine d'années dans la branche de la construction, un revenu hypothétique de CHF 5'280.- brut, 13^{ème} salaire inclus, lui a dès lors été imputé depuis le 1^{er} janvier 2019, conformément aux données du calculateur des salaires de l'Observateur fribourgeois du marché du travail, qui se fonde sur l'enquête suisse sur la structure des salaires de 2010. Avec un tel salaire, estimé après déduction des cotisations sociales (15 %) à CHF 4'485.- net, le mari aurait un disponible de CHF 1'097.65 par mois (décision attaquée, p. 7 s.).

2.3. L'appelant ne remet pas en cause le déficit que son épouse subit. S'agissant de sa propre situation financière, il reproche à la première juge, pour la période jusqu'au 31 décembre 2018, d'avoir pris en compte un revenu incorrect et, en outre, d'avoir entamé son minimum vital en fixant

une pension de CHF 1'050.- (appel, p. 7 s. et 9 s.). Dès le 1^{er} janvier 2019, il lui fait grief de lui avoir imputé un revenu hypothétique (appel, p. 8 s.).

2.3.1 Le mari ne conteste pas, en soi, percevoir actuellement un revenu mensuel net de CHF 4'187.55, comme l'a retenu la Présidente. Toutefois, il fait valoir qu'en raison des difficultés financières de la société, il n'a pas perçu son salaire de janvier 2018, ni celui de mai 2018, de sorte qu'il y aurait lieu de faire la moyenne de ses revenus sur les six premiers mois de l'année et de ne prendre en compte que CHF 2'791.70 net $[(4 \times \text{CHF } 4'187.55) / 6]$.

L'invocation du non-versement du salaire de mai 2018 en appel est toutefois irrecevable (*supra*, consid. 1.4.). S'agissant de celui de janvier 2018, il est vrai que le dossier contient (pièce 3 du bordereau de première instance) une attestation de l'employeur, signée par l'associé de l'époux, selon laquelle le salaire en cause ne lui a pas été versé. Cependant, comme la Cour l'a déjà relevé dans son arrêt du 31 janvier 2018 (consid. 2.2.), un tel document doit être apprécié avec circonspection, vu la position de l'appelant dans l'entreprise. En outre, si ce dernier a bien produit, le 8 juin 2018, un extrait de son compte postal sur lequel ne figure aucun versement de salaire à fin janvier 2018, il ne rend ainsi vraisemblable qu'un seul salaire manquant, ce qui semble *a priori* constituer un changement ponctuel, et non durable. Cela étant, l'on doit constater qu'un salarié qui ne perçoit pas un ou plusieurs salaire(s) est tenu, avant de requérir la modification des contributions d'entretien, d'entreprendre à tout le moins des démarches à l'encontre de son employeur pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, ce que l'appelant n'indique pas avoir fait. Partant, la première juge n'a pas établi incorrectement les faits en se fondant sur le revenu auquel le mari a droit, soit CHF 4'187.55 par mois.

Néanmoins, avec ce salaire, l'appelant ne dispose que d'un solde de CHF 797.20, alors que la décision querellée arrête en faveur de l'intimée, de mai à décembre 2018, une contribution d'entretien mensuelle de CHF 1'050.-. Il faut dès lors lui concéder que son minimum vital est entamé, ce qui n'est pas admissible (ATF 140 III 337 consid. 4.3). Partant, il y a lieu, pour cette période, d'admettre les conclusions subsidiaires de l'appel et de réduire la pension à un montant arrondi de CHF 790.- par mois.

2.3.2. Pour la période dès le 1^{er} janvier 2019, l'appelant conteste l'imputation d'un revenu hypothétique. Il fait valoir que la jurisprudence est moins stricte à cet égard lorsqu'est en jeu l'entretien du conjoint, par rapport à celui d'un enfant mineur, et soutient qu'il travaille déjà à 100 % dans une société qu'il a acquise en 2015, soit du temps de la vie commune avec l'accord de son épouse – alors que cette entité se trouvait déjà dans une situation financière critique –, et dans laquelle il s'est particulièrement investi. Pour lui, les conditions pour retenir un revenu hypothétique ne sont donc pas données (appel, p. 8 s.).

Lors de la fixation de la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte des revenus effectifs. Il peut toutefois imputer à un époux un revenu hypothétique, dans la mesure où celui-ci pourrait le réaliser en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort qui peut être raisonnablement exigé de lui. L'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible. Le juge doit à cet égard examiner successivement les deux conditions suivantes: il doit avant tout déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de l'époux concerné qu'il exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, compte tenu, notamment, de sa formation, de son âge et de 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). Lorsqu'un époux exerce une activité indépendante qui est durablement déficitaire, il est raisonnable d'attendre de lui qu'il y renonce et cherche un emploi salarié lui rapportant un revenu plus élevé, ce même si son conjoint avait en son temps donné son accord à cette activité indépendante (arrêts TC

FR 101 2017 97 du 28 août 2017 consid. 3b et 101 2017 268 du 26 janvier 2018 consid. 2.1.). Si le juge entend exiger que le débirentier reprenne une activité lucrative, il doit lui accorder un délai d'adaptation approprié: il doit en effet avoir suffisamment de temps pour s'adapter à sa nouvelle situation, notamment lorsqu'il doit trouver un emploi. Ce délai doit par ailleurs être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier (ATF 129 III 417 consid. 2.2; arrêt TF 5A_454/2017 du 17 mai 2018 consid. 6.1.1. destiné à publication).

L'appelant se trompe lorsqu'il soutient que les conditions d'imputation d'un revenu hypothétique seraient sensiblement différentes selon que la procédure concerne l'entretien d'un enfant mineur ou celui du conjoint. Si, dans le premier cas, la jurisprudence est particulièrement stricte et retient que le débirentier doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour exploiter pleinement sa capacité économique (notamment arrêt TF 5A_453/2015 du 4 novembre 2015 consid. 2.1), il n'en demeure pas moins qu'un époux est aussi tenu à entretien vis-à-vis de son conjoint et qu'il doit entreprendre les efforts raisonnablement exigibles pour respecter cette obligation. Or, en l'espèce, le mari est administrateur et salarié d'une société dont il a acquis les actions en 2015 et qui était alors déjà, selon ses propres allégués, dans "*une situation financière critique*"; selon les bilans comptables produits le 8 juin 2018, cette société a subi depuis lors des déficits importants, soit CHF 122'215.- en 2015, CHF 151'741.- en 2016 et CHF 118'665.- en 2017. En outre, l'appelant a déclaré en première instance (DO/39) qu'en raison du manque de travail, il avait dû réduire son revenu – à hauteur de quelque 14 % (*supra*, consid. 2.2.) –, et il n'a, de plus, pas perçu plusieurs salaires depuis le début de l'année 2017. Dès lors, la première juge ne s'est pas trompée en considérant qu'il était raisonnable d'attendre de l'époux qu'il cesse cette activité indépendante et qu'il cherche un emploi salarié lui permettant de subvenir à ses besoins et à ceux de son épouse.

Au surplus, l'appelant ne critique pas la quotité du revenu hypothétique pris en compte par la Présidente, qui est fondé sur des données statistiques. Du reste, il est relevé qu'alors qu'il gagnait auparavant CHF 4'888.85 net par mois, la décision attaquée estime qu'il pourra obtenir un revenu net de CHF 4'488.-, ce qui paraît raisonnable et tient compte du risque qu'en étant nouveau dans une entreprise, il doive accepter un salaire moindre. Le raisonnement de la Présidente peut dès lors être soutenu. Cela étant, le délai au 1^{er} janvier 2019 imparti au mari pour trouver un emploi ne tient pas compte du fait que, dans le domaine de la construction, les entreprises tournent au ralenti durant l'hiver, la plupart étant même fermées depuis avant Noël jusqu'à la mi-janvier. Dès lors, il semble plus opportun de lui laisser jusqu'au 1^{er} mars 2019 pour trouver un travail salarié.

Après déduction de ses charges, par CHF 3'390.35, le mari pourra avoir un disponible mensuel de CHF 1'097.65, comme la décision querellée le retient. Il lui appartiendra alors de combler le déficit de l'intimée, soit CHF 936.60, et de lui verser la moitié de son petit montant résiduel. La pension de CHF 1'000.- par mois décidée pour la deuxième période doit, par conséquent, être confirmée, sous la réserve qu'elle sera due dès le 1^{er} mars 2019.

2.4. En résumé, l'appel doit être partiellement admis dans le sens évoqué ci-dessus, soit pour la période courant jusqu'au 28 février 2019.

3.

Aux termes de l'art. 106 al. 2 CPC, 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). Dès lors, si une procédure matrimoniale 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, vu l'admission partielle de l'appel et la souplesse voulue par le législateur 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 époux supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.-.

la Cour arrête:

I. L'appel est partiellement admis.

Partant, le chiffre 1 du dispositif de la décision prononcée le 10 juillet 2018 par la Présidente *ad hoc* du Tribunal civil de la Sarine est réformé, pour prendre la teneur suivante:

1. *La requête déposée le 16 avril 2018 par A._____ contre B._____ est partiellement admise.*

Partant, le chiffre 3 du dispositif de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 octobre 2017 du Président du Tribunal civil de la Sarine, tel que réformé par Arrêt de la 1^{er} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du 31 janvier 2018, est modifié en ce sens que le montant de la contribution d'entretien mensuelle que doit A._____ à B._____ est réduit à:

- CHF 790.- du 1^{er} mai 2018 au 28 février 2019 et
- CHF 1'000.- dès le 1^{er} mars 2019.

Cette contribution d'entretien est payable d'avance le 1^{er} de chaque mois et porte intérêt à 5 % l'an dès chaque échéance.

II. Sous réserve de l'assistance judiciaire, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés 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 13 septembre 2018/lfa

Le Président:

Le Greffier-rapporteur: