



**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 248

Arrêt du 15 mars 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser
Greffière : Daniela Herren

Parties

A._____, **défendeur** et **appellant**, représenté par Me Elias Moussa, avocat

contre

B._____, **requérante** et **intimée**, représentée par Me Laurence Brand Corsani, avocate

Objet

Mesures provisionnelles – Pension en faveur de l'épouse, attribution du domicile conjugal

Appel du 6 septembre 2018 contre la décision de la Présidente ad hoc du Tribunal civil de la Sarine du 17 août 2018

considérant en fait

A. B. _____, née en 1991, et A. _____, né en 1984, se sont mariés en 2015.

Aucun enfant n'est issu de leur union.

B. Les époux vivent séparés depuis le 25 mai 2018. Saisie le 11 juin 2018 d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, la Présidente ad hoc du Tribunal civil de la Sarine (ci-après: la Présidente ad hoc) a entendu les parties en audience du 20 juillet 2018, au cours de laquelle elles se sont mises d'accord sur le principe du divorce. La Présidente ad hoc a dès lors constaté qu'il y avait litispendance dans une procédure de divorce sur requête commune avec accord partiel et que l'audience allait servir à régler les mesures provisionnelles.

C. Par décision du 17 août 2018, la Présidente ad hoc a autorisé les époux à vivre séparés, astreignant A. _____ au paiement, en faveur de son épouse, d'une pension mensuelle de CHF 1'100.- dès le 1^{er} juin 2018 et rejetant tout autre chef de conclusions.

D. Par mémoire du 6 septembre 2018, A. _____ a fait appel de la décision du 17 août 2018. Il a conclu en substance à ce qu'il soit astreint à contribuer à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de CHF 200.- dès le 1^{er} juin 2018 et à ce que le domicile conjugal lui soit attribué, son épouse devant lui rendre les clés sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP. Il a également conclu à ce que l'effet suspensif soit octroyé à l'appel et, finalement, à ce que les frais soient mis à la charge de son épouse.

Par arrêt du 18 septembre 2018, le Président de la Cour a accordé l'assistance judiciaire à l'appelant pour la procédure d'appel.

Par mémoire du 4 octobre 2018, B. _____ s'est déterminée sur l'appel. Elle a conclu, sous suite de frais, au rejet de toutes les conclusions et à la confirmation de la décision attaquée. Elle a également requis l'assistance judiciaire, qui lui a été octroyée par arrêt du Président de la Cour du 8 octobre 2018.

Le 8 octobre 2018, le Président de la Cour a rendu son arrêt relatif à l'effet suspensif, admettant celui-ci pour les pensions des mois de juin à août 2018, le rejetant pour le surplus.

en droit

1.

1.1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse 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 pendant une procédure de divorce (art. 271 CPC, par renvoi de l'art. 276 al. 1 et 2 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 27 août 2018. Déposé le 6 septembre 2018, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire d'appel est, de plus, dûment motivé et doté de conclusions.

En outre, est contestée l'attribution du domicile conjugal, qui aurait un caractère non patrimonial (CR CPC-TAPPY, 2019, art. 91 n. 12 et 72). Cette question n'a toutefois pas à être tranchée car sur le vu des pensions litigieuses, la somme de CHF 10'000.- est manifestement atteinte, de même que celle de CHF 30'000.- ouvrant la voie au recours en matière civile au Tribunal fédéral.

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 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. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu le fait que toutes les pièces utiles à son traitement figurent au dossier, il ne se justifie pas d'assigner les parties à une audience et la Cour statuera sur pièces.

2.

L'appelant conteste le revenu hypothétique retenu à l'encontre de l'intimée ainsi que le délai d'adaptation accordé pour réaliser ce revenu. Dans son calcul, l'autorité précédente s'est en effet basée sur un salaire brut médian de CHF 3'023.- mais, estimant que seule une activité à 50% était exigible de l'intimée, a diminué ce montant de moitié. Elle a de plus pris en compte des cotisations sociales à hauteur de 15%, de sorte que c'est un revenu mensuel net de CHF 1'250.- qui a été retenu. L'autorité précédente a finalement accordé à l'intimée un délai d'adaptation jusqu'au 1^{er} mars 2019 pour trouver du travail. L'appelant estime quant à lui que l'intimée est en mesure d'exercer une activité à 100% et qu'un taux de 8.225% doit être retenu à titre de cotisations sociales. De plus, il est d'avis qu'aucun délai d'adaptation n'a à être accordé à l'intimée.

2.1. Selon la jurisprudence, s'il faut en principe, pour déterminer le revenu des parties, partir de leurs gains effectifs, le juge peut également prendre en considération un revenu hypothétique, dans la mesure où une personne 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. L'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible. Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir un revenu supérieur en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement 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; il s'agit d'une question de fait (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4c/bb; 126 III 10 consid. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (ATF 137 III 118 consid. 3.2 ; arrêts TF 5A_453/2015 du 4 novembre 2015 consid. 2.1; 5A_1008/2015 du 21 avril 2016 consid. 3.3.2).

Si le juge entend exiger que l'époux concerné reprenne ou étende 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; arrêts TF 5A_601 et 607/2017 du 17 janvier 2018 consid. 11.3 et 11.4 et 5A_59/2016 du 1^{er} juin 2016 consid. 3.2).

2.2. L'intimée est une jeune femme de 27 ans sans enfants qui ne présente aucune incapacité de travail. Ces éléments plaident déjà en faveur de l'exercice d'une activité à 100%. L'autorité précédente a cependant refusé de retenir un tel taux, au motif que l'intimée est en plein apprentissage du français et qu'elle n'a pas travaillé depuis son arrivée en Suisse. S'agissant des connaissances linguistiques de l'intimée, il convient de constater que celle-ci, selon ses propres dires, suit des cours de langue depuis son arrivée en Suisse, soit depuis 3 ans maintenant. De plus, elle a suivi durant une année une école professionnelle à Fribourg, trois fois par semaine d'abord puis du lundi au vendredi (décision querellée, ch. 4b p. 5). Ainsi, si on peut admettre que l'intimée est encore en apprentissage du français, on peut s'attendre à ce qu'elle possède des connaissances linguistiques suffisantes pour trouver un travail adapté (en l'espèce, l'autorité précédente a retenu que l'intimée pourrait exercer une activité dans un domaine n'exigeant aucune formation, comme employée de maison ou aide de ménage). Une diminution du taux de travail ne se justifie ainsi pas de ce point de vue. S'agissant de l'expérience professionnelle de l'intimée, il est vrai que celle-ci n'a pas travaillé depuis son arrivée en Suisse et qu'elle n'a pas d'expérience dans les métiers manuels. Ces éléments, également soulevés par l'intimée, constituent certes une difficulté dans la recherche d'emploi, qui n'est cependant pas insurmontable au vu de l'âge de la jeune femme. On peut dès lors raisonnablement attendre de l'intimée qu'elle exerce une activité à un taux de 100%.

2.3. L'Office fédéral des assurances sociales relève que les cotisations AVS/AI/APG/AC représentent 6.225% du salaire brut, tandis que les cotisations LPP représentent 2 à 8% selon l'âge, le salaire et le règlement de prévoyance (cf. site de l'Office fédéral des assurances sociales, <https://www.bsv.admin.ch>, sous Assurances sociales, aperçu, cotisations). En l'espèce, le taux global de 15% retenu par l'autorité précédente pour les cotisations sociales est trop élevé au vu du jeune âge de l'intimée. Il convient de retenir, *ex aequo et bono*, un taux de 10%.

2.4. La question de savoir si l'intimée aurait dû se mettre plus tôt à la recherche d'un travail aurait pu avoir une influence sur la durée du délai, mais pas sur l'octroi du délai lui-même. En l'espèce, il convient de relever que l'intimée est sans emploi et qu'un délai d'adaptation doit par conséquent lui être accordé pour entreprendre les démarches nécessaires à la recherche d'emploi. Compte tenu du fait qu'elle n'a jamais travaillé depuis son arrivée en Suisse en 2015, le délai jusqu'au 1^{er} mars 2019 imparté par l'autorité précédente est raisonnable et l'intimée ne l'a au demeurant pas contesté.

Ce délai concerne l'activité à 50 % retenue par la Présidente ad hoc. La Cour de céans décidant ce jour qu'un taux de 100 % est en réalité exigible, un délai au 1^{er} juillet 2019 sera retenu pour cette augmentation ; il ne saurait en effet être question d'exiger de B. _____, rétroactivement, un taux d'activité supérieur à celui qui lui était initialement imposé.

2.5. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que l'intimée est en mesure d'exercer une activité à 50% dès le 1^{er} mars 2019 et de 100 % dès le 1^{er} juillet 2019. A temps complet, elle réalisera un salaire brut médian de CHF 3'023.-. Après déduction des cotisations sociales à concurrence de 10%, c'est un salaire mensuel net de CHF 2'720.70 (CHF 3'023.- – [CHF 3'023.- x 10%]) qui peut être retenu à titre de revenu hypothétique dès le 1^{er} juillet 2019, et de CHF 1'360.- pour les mois de mars à juin 2019. La situation financière de l'intimée peut ainsi être évaluée comme suit:

- du 1^{er} juin 2018 au 28 février 2019, l'intimée ne bénéficiait d'aucun revenu, faisant face à des charges de **CHF 2'430.-** (cf. décision querellée, ch. 4b) ;

- depuis le 1^{er} mars 2019 au 30 juin 2019, l'intimée est en mesure de réaliser un revenu de CHF 1'360.-. Ses charges s'élevant à CHF 2'430.00, elle supporte un déficit mensuel de **CHF 1'070.-** ;
- depuis le 1^{er} juillet 2019, l'intimée est en mesure de réaliser un revenu de CHF 2'720.70. Ses charges s'élevant à CHF 2'430.00, elle dispose d'un solde mensuel de **CHF 290.70**.

3.

L'appelant conteste ensuite le calcul de ses charges. Il estime en effet qu'il aurait fallu prendre en compte les frais d'avocat qu'il doit assumer pour la procédure de divorce par CHF 200.- (frais apparus suite à la décision de rejet de l'assistance judiciaire en première instance), sa charge fiscale par CHF 330.- ainsi qu'un poste "divers" par CHF 200.-.

3.1. Par décision du 10 septembre 2018, la Présidente ad hoc a accordé à l'appelant l'assistance judiciaire avec effet rétroactif au 25 juin 2018 pour les frais issus de la procédure, de sorte que le reproche de l'appelant est aujourd'hui sans objet.

3.2. En ce qui concerne le principe même de la charge fiscale, la jurisprudence admet qu'elle ne peut être prise en compte, pour fixer la capacité contributive des parties en matière de contributions d'entretien, qu'en cas de situation financière favorable; en revanche, plus la situation est serrée et plus il faut se montrer strict dans les charges retenues, le minimum vital LP du débirentier étant alors déterminant (ATF 140 III 337 consid. 4.2.3 et les références citées; cf. ég. arrêt TF 5A_455/2017 du 10 août 2017 consid. 6.1).

Du 1^{er} juin 2018 au 30 juin 2019, l'intimée devra faire face à un déficit de CHF 2'430.-, respectivement de CHF 1'070.-. L'appelant bénéficiera quant à lui d'un solde avant impôt, et sans prise en compte du poste "divers", de CHF 1'135.30. La situation des parties étant ainsi défavorable, la charge fiscale ne peut être prise en compte pour cette période. Depuis le 1^{er} mars 2019, un revenu hypothétique correspondant à une activité à 100 % peut être imputé à l'intimée, qui dispose ainsi d'un solde de CHF 290.70. Si la situation financière des parties s'en trouve améliorée, force est de constater qu'elle reste serrée. Une prise en compte de la charge fiscale de l'intimée entraînerait chez celle-ci un déficit (selon la projection établie par le calculateur en ligne disponible sur le site du Service cantonal des contributions du canton de Fribourg, <https://www.fr.ch/scc>, sous Impôt des personnes physiques: barèmes et calellettes). Il convient ainsi de confirmer la décision de l'autorité précédente, laquelle n'a pas pris en compte la charge fiscale des parties.

3.3. Le même raisonnement peut être appliqué pour le poste "divers" d'un montant de CHF 200.- invoqué par l'appelant. La situation financière des parties, défavorable du 1^{er} juin 2018 au 30 juin 2019 puis serrée depuis le 1^{er} juillet 2019, ne permet pas la prise en compte d'un tel poste, cela d'autant moins que l'appelant n'allègue pas suffisamment ces frais.

3.4. Au vu de ce qui précède, le calcul des charges de l'appelant effectué par l'autorité précédente doit être confirmé.

4.

4.1. L'art. 176 al. 1 ch. 1 CC 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).

4.2. Au vu de ce qui précède, les pensions doivent être fixées de la manière suivante:

- Du 1^{er} juin 2018 au 28 février 2019 : au vu du solde positif de CHF 1'135.30 de l'appelant et du déficit de CHF 2'430.- de l'intimée, le montant de **CHF 1'100.-** retenu par l'autorité précédente à titre de pension peut être confirmé.
- Du 1^{er} mars 2019 au 30 juin 2019 : au vu du solde positif de CHF 1'135.30 de l'appelant et du déficit de **CHF 1'070.-** de l'intimée, le montant de **CHF 1'100.-** sera maintenu ;
- Dès le 1^{er} juillet 2019 : au vu des soldes positifs de CHF 1'135.30 de l'appelant et de CHF 290.70 chez l'intimée, il se justifie d'astreindre l'appelant au versement d'une pension mensuelle de **CHF 400.-** ($1'135.30 + 290.70 = 1'426 : 2 = 713 - 290.70 = 422.30$).

5.

L'appelant reproche à l'autorité précédente d'avoir commis un déni de justice et une violation du droit d'être entendu en ne se prononçant pas sur la question de l'attribution du logement. L'intimée s'en remet à justice.

5.1. Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Il y a déni de justice formel lorsqu'une autorité n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit. L'autorité qui se refuse à statuer, ou ne le fait que partiellement alors qu'elle est compétente pour le faire, viole l'art. 29 al. 1 Cst. (arrêt TF 2D_59/2013 du 4 juillet 2014 consid. 2.1 et les références citées).

Le droit d'être entendu, ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. en tant que garantie constitutionnelle minimale, implique le droit pour toute personne de pouvoir notamment s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment (arrêt TF 5A_28/2015 du 22 mai 2015 consid. 3.1.1 et 3.2). Par exception, une violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave, peut être réparée lorsque l'intéressé a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Par ailleurs, même si la violation du droit d'être entendu est grave, une réparation de ce vice procédural devant l'autorité de recours est également envisageable si le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité. L'allongement inutile de la procédure qui en découlerait est en effet incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.1 et 2.3.2; 133 I 201 consid. 2.2).

5.2. En l'espèce, l'intimée avait conclu, par mémoire du 11 juin 2018 adressé à l'autorité de première instance, à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal et à la restitution des clés par son époux sous menace de la peine prévue à l'article 292 CP. Par mémoire du 25 juin 2018, complété par courrier du 26 juin 2018, l'appelant avait pris les mêmes conclusions en sa faveur. Par courrier du 30 juillet 2018, l'intimée avait finalement retiré les siennes. La Présidente ad hoc, dans sa décision du 17 août 2018, a pris acte du retrait des conclusions par l'intimée, sans toutefois se prononcer sur celles de l'appelant.

Au vu de ce qui précède, la violation du droit d'être entendu et le déni de justice sont avérés. Toutefois, il convient de constater que l'attribution du domicile conjugal n'est plus litigieuse. En

effet, l'intimée a renoncé à la réclamer lors de la procédure de première instance et s'en remet aujourd'hui à justice. Ainsi, le domicile conjugal peut être attribué à l'appelant et il sera fait droit à ses conclusions en ce sens.

6.

6.1. 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).

6.2. 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.-.

6.3. La décision de première instance 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 dispositif de la décision de mesures provisionnelles prononcée le 17 août 2018 par la Présidente ad hoc du Tribunal civil de la Sarine est modifié comme suit:

1. *[Inchangé]*

2. *A._____ contribuera à l'entretien de B._____ par le versement d'une pension mensuelle de CHF 1'100.00 du 1^{er} juin 2018 au 30 juin 2019 et de CHF 400.00 dès le 1^{er} juillet 2019.*

Les pensions sont payables d'avance le 1^{er} de chaque mois et portent intérêt à 5% l'an dès chaque échéance en cas de retard.

3. *Le domicile conjugal est attribué à A._____, qui en assumera toutes les charges.*

B._____ est astreinte à remettre toutes les clés de l'appartement sis C._____, y compris celles des dépendances, sous menace de la peine prévue à l'article 292 CP, lequel dispose que celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende.

4. *Tout autre ou plus ample chef de conclusions est rejeté, pour autant que recevable.*

5. *Les frais sont réservés.*

- 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 15 mars 2019/dhe

Le Président :

La Greffière :