

A1 2003 - 75 et 76

I^e COUR D'APPEL

21 septembre 2005

La Cour, vu les recours interjetés le 22 septembre 2003 par

X, à Bulle, recourante et intimée,
représentée par Me _____,

et

Y, en Espagne, recourant et intimé,
représenté par _____,

contre le jugement rendu le 6 juin 2003 par le Tribunal civil de l'arrondissement _____
dans la cause qui les oppose;

(divorce)

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

A.- Y, né en 1967, de nationalité espagnole, et X, née en 1970, de nationalité espagnole, se sont mariés en 1993, à Bulle. A et B sont nés de cette union, à Riaz, en 1993 et 1995.

B.- Statuant sur la demande en divorce de l'épouse, du 9 avril 2001 - elle avait ouvert une action en séparation le 16 octobre 2000 - le Tribunal civil _____ a rendu son jugement le 6 juin 2003, lequel a été notifié le 22 août 2003 à la demanderesse et le 23 août au défendeur. Le Tribunal a prononcé le divorce des époux X et Y; il a, notamment, attribué à leur mère l'autorité parentale sur les enfants; dit que leur père contribuera à leur entretien par une pension mensuelle de 450 francs jusqu'à leurs seize ans révolus et de 500 francs dès cet âge; alloué à l'épouse une pension mensuelle de 100 francs pour son entretien jusqu'aux douze ans révolus de B, soit en 2007; ordonné à la Fondation commune 2^{ème} pilier de C de prélever la totalité des prestations de sortie pour la verser sur le compte de X auprès de la Fondation de libre-passage D SA; liquidé le régime matrimonial; laissé à chaque partie ses dépens.

C.- Le 22 septembre 2003, soit dans le délai légal, chaque partie a appelé de ce jugement et conclu au rejet du recours adverse.

La demanderesse conclut pour chacun de ses enfants à une pension mensuelle de 785 francs jusqu'à l'âge de 12 ans révolus, de 850 francs jusqu'à l'âge de 16 ans révolus et de 900 francs dès cet âge; à une pension mensuelle de 1'000 francs pour elle-même jusqu'aux douze ans révolus de B'; au versement sur son compte auprès de la Fondation de libre-passage D SA de la moitié de la prestation de libre-passage acquise par le défendeur durant le mariage ; à la charge du défendeur des deux tiers des dépens de première instance. En complément du jugement, la demanderesse demande à la Cour de bloquer la part de la prestation de libre-passage revenant au défendeur au titre de sûreté pour le paiement des pensions; d'ordonner le prélèvement des pensions dues aux enfants sur le salaire ou les prestations sociales de Y et leur versement à leur mère.

Le défendeur conclut pour chacun de ses enfants à une pension mensuelle de 50 francs jusqu'à leurs seize ans révolus et de 100 francs dès cet âge; à la suppression de la pension pour son épouse; au versement, par prélèvement sur sa prestation de sortie, de 12'472 francs et 45 centimes sur le compte LPP de X.

D.- L'assistance judiciaire a été accordée aux deux parties les 11 et 19 avril 2001.

E.- Le divorce est entré en force le 7 novembre 2003.

F.- Le 27 septembre 2004, la Cour fixait un délai de 30 jours au défendeur pour produire des pièces concernant son domicile actuel, son salaire, ses charges et ses impôts;

elle citait les parties sur le 1^{er} décembre 2004 pour les interroger sur leur situation financière et clore la procédure probatoire. Après avoir obtenu une prolongation de délai de vingt jours, le défendeur a produit, le 15 novembre 2004, certaines des pièces requises et requis une nouvelle prolongation pour la remise des pièces manquantes. Le 25 novembre 2004, le mandataire du défendeur informe la Cour des faits suivants : il a appris que ce dernier a eu un enfant de l'amie avec qui il vit; Y reprendra un emploi le 1^{er} novembre ou le 1^{er} décembre 2004 après avoir été au chômage dès juin 2004 et tenté, sans succès, de s'établir comme indépendant; il cherchera à téléphoner à son client pour obtenir les pièces manquantes. Le 30 novembre 2004, le défendeur allègue qu'il reprend un emploi dès le 1^{er} novembre 2004 avec la fonction de chef d'équipe pour le même salaire (pas de 13^{ème} salaire) et que son amie, dont il a un enfant, travaille dans un hôpital; il déclare ne pas pouvoir quitter son entreprise pour assister à la séance du 1^{er} décembre et sollicite un ultime délai pour produire les pièces. Le juge délégué a interrogé la demanderesse à la séance du 1^{er} décembre 2004 à laquelle le défendeur était représenté par son mandataire.

Le 28 juin 2005, la Cour a fixé au défendeur un délai de 30 jours pour produire les pièces requises dans l'ordonnance du 27 septembre 2004, aussi pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 30 juin 2005, ainsi qu'un acte d'état civil concernant l'enfant qu'il dit avoir eu avec son amie. Le défendeur n'a pas donné suite à cette ordonnance.

considérant :

1.- Sur la pension des enfants

Le défendeur a quitté l'entreprise où il travaillait comme soudeur le 28 juin 2001. A partir de ce fait, le tribunal considère ce qui suit : "Si les raisons de ce départ précipité en Espagne restent obscures, il n'en demeure pas moins qu'en agissant de la sorte le défendeur semble faire preuve de mauvaise volonté dans le but de fuir ses obligations de père et d'époux. En effet, rien n'obligeait le défendeur à quitter un emploi stable qui lui offrait un revenu correct, à même de subvenir aux besoins de toute sa famille". En conséquence, le tribunal retient un revenu hypothétique de 5'758 francs correspondant au salaire moyen versé au défendeur par l'entreprise E, à _____. Appliquant à titre indicatif la méthode Curty, les juges précédents constatent que le père devrait contribuer à l'entretien de chacun de ses deux enfants par une pension mensuelle de 785 francs. Mais, pour ne pas rendre son jugement "totalement inefficace", le tribunal va tenir compte du nouveau domicile du défendeur en Espagne et réduire cette pension, à sa guise, à 450 francs jusqu'à l'âge de 16 ans et à 500 francs pour la suite.

En principe, le juge prend en compte le revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Selon la jurisprudence, il peut toutefois s'en écarter et retenir en lieu et place de celui-ci un revenu hypothétique dans la mesure où le débiteur pourrait gagner plus que son revenu effectif, en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant un effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. Cependant, lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. La raison pour laquelle l'époux a renoncé au revenu supérieur est en principe sans importance. La prise en compte d'un revenu

hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 consid. 4a et les arrêts cités). La jurisprudence a laissé indécise la question de l'opportunité de subordonner la fixation d'un revenu hypothétique aux conditions susmentionnées lorsque le débiteur a agi dans l'intention délibérée de nuire (ATF 128 III 4 consid. 4 p. 5/6). Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 consid. 4a p. 5 s. et les références citées).

En particulier, on ne saurait exiger de l'étranger, qui est retourné dans son pays depuis quelques années, qu'il revienne en Suisse pour y obtenir un revenu plus élevé (GEISER, AJP/PJA 8/93, p. 905, qui cite l'ATF 5c. 67/1988/od). D'ailleurs, en droit international, si elle n'est pas garantie expressément par la CEDH, la liberté d'établissement l'est par le Protocole additionnel no 4 (que la Suisse n'a pas ratifié) et aussi par l'article 12 al. 2 et 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) qui dispose que toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien et que nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays (cf AUBERT MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, p. 205, N. 4).

Au vu de ce qui précède, on ne peut pas exiger du défendeur qu'il revienne en Suisse pour y travailler. En outre, les juges précédents n'ont pas établi que le défendeur serait retourné dans son pays natal avec l'intention délibérée de nuire à sa famille. La simple vraisemblance ou des suppositions ne suffisent pas pour l'admettre; l'avis au débiteur du 28 mai 2001 n'est pas à lui seul déterminant, faute d'autres indices concrets dûment établis. En conséquence, le tribunal ne pouvait pas prendre en compte comme revenu hypothétique le salaire que lui versait son employeur suisse. La Cour fixera dès lors les contributions d'entretien du défendeur à partir, si possible, de son revenu et de ses charges effectives ainsi que du niveau des prix en Espagne (BaK, Art. 285 N 26 et 27 ; SJZ 1992 p. 67). L'établissement de l'état de fait est soumis à la maxime inquisitoire (art. 145 al. 1 CC; ATF 128 III 411).

Les pièces produites par le défendeur étant insuffisantes pour établir sa situation financière, la Cour le fera à partir de l'enquête "Prix et salaires" de l'UBS, éd. 2003, à laquelle la doctrine et la jurisprudence citées plus haut se réfèrent. Il ressort de cette enquête que le revenu annuel net d'un ouvrier qualifié dans l'industrie est de € 13'600 pour une durée hebdomadaire de travail de 40 heures (p. 44, Madrid), soit € 1133 par mois, le revenu net résultant du revenu brut après impôts et cotisations sociales (p. 40) ; que le loyer d'un appartement non meublé de trois pièces bon marché est de € 690 (p. 15) ; que le niveau des prix est de 68,4 sans loyer et de 67,5 avec loyer (Zürich = 100; p. 6) ; que le taux de change utilisé est de 1 EUR pour 1,466 francs et que le cours de parité des pouvoirs d'achat est de 1 EUR pour 1,829 francs (p. 38 et 39). La Cour retient qu'après avoir couvert son minimum d'existence, le défendeur a encore un disponible de 500 francs (salaire net : 2072 francs – 1'133 EUR x 1,829 – loyer : 670 francs - 460 EUR x 1,466 – montant de base LP : 770 francs – 70 % de 1'100 francs – divers : 132 francs). La Cour a été contrainte de procéder à ce calcul car elle ignore tout de la situation financière de l'enfant et de l'amie du défendeur. Ce dernier a renoncé à comparaître et à produire toutes les pièces requises ; il a encore manqué à son

devoir de collaborer à l'établissement des faits en n'apportant pas de lui-même les éléments pertinents aussitôt qu'il le pouvait (art. 130 CPC; Extraits 1964, p. 88). La Cour n'a pas tenu compte de l'emprunt de € 9'000 à la banque F, à Madrid, les dettes alimentaires étant prioritaires. Au vu de ce qui précède, la Cour fixe à 250 francs par mois la contribution du père à l'entretien de chacun de ses deux enfants.

2.- Sur la pension de l'épouse

Le recourant ne conteste pas cette pension dans son principe et n'invoque aucun motif à cet égard. Ainsi qu'on l'a vu, ce dernier n'a pas les ressources nécessaires à contribuer à l'entretien de son épouse. En vertu de l'article 129 al. 3 CC, la Cour constate qu'il n'a pas été possible de fixer une rente pour l'épouse.

3.- Sur la prévoyance professionnelle

Selon le jugement, la prestation de sortie du défendeur calculée pour la durée du mariage est de 24'944.90 francs ; la demanderesse a droit à la moitié de cette prestation, soit un montant de 12'472 francs. Ces faits sont incontestés. Au vu des conclusions concordantes des parties appelantes, et en vertu des art. 122 al. 1 et 141 CC, la Cour ordonne à la Fondation commune 2^{ème} pilier de C, respectivement à la Fondation de libre passage de C, de prélever la somme de 12'472 francs sur le compte de Y et de la verser sur celui de X. La Cour se borne à constater que les premiers juges avaient donné le même ordre sous chi VI / 3, p. 14, des considérants de leur jugement alors que l'ordre figurant sous chiffre 6 du dispositif concerne la totalité des prestations de sortie LPP du défendeur !

4.- Sur la demande de compléter le jugement

Les conclusions no 9 (blocage de l'avoir de prévoyance du défendeur) et no 10 (avis aux débiteurs) de la demanderesse sont irrecevables, au motif que l'appel a, en principe, pour but de réformer le jugement attaqué, et non pas de le compléter. Au demeurant, l'avis aux débiteurs et fourniture de sûretés (art. 132, 291, 292 CC) est de la compétence du président du tribunal d'arrondissement, sous réserve de recours en appel (art. 47 et 80 LACC), à supposer qu'en l'espèce, la compétence du juge suisse soit acquise. À cela s'ajoute le fait que l'on ignore quel est le domicile en Espagne du défendeur et celui de son éventuel employeur.

5.- Sur les dépens

Le recours du défendeur est manifestement bien fondé en ce qui concerne le salaire déterminant, ce qui conduit à l'admission partielle de ses conclusions relatives à la contribution à l'entretien des enfants et de l'épouse; les deux recours sont manifestement bien fondés en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. Cela étant, chaque partie supportera ses dépens et la moitié des frais de justice, sous réserve de l'assistance judiciaire.

Statuant à l'unanimité et sans débats (art. 300 al. 3 CPC), la Cour

arrête :

- I.- Les recours de x et de y sont partiellement admis dans la mesure où ils sont recevables. Partant, les points 3, 4 et 6 du jugement du Tribunal civil de _____ sont modifiés comme suit :
- 3.- y contribuera à l'entretien de ses enfants A et B par le versement d'une pension mensuelle de 250 francs pour chacun d'eux. Les allocations familiales sont payables en sus.
- 4.- L'impossibilité de fixer une rente permettant d'assurer l'entretien convenable de Y est constatée (art. 129 al. 3 CC).
- 6.- Ordre est donné à la Fondation commune 2^{ème} pilier de C, _____, respectivement à la Fondation de libre passage de C, à _____, de prélever la somme de 12'472 francs sur le compte de libre passage ouvert au nom de Y et de la verser sur le compte no 000 ouvert au nom Y auprès de la Fondation de libre passage D SA.
- II.- Chaque partie supporte ses dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires, sous réserve de l'assistance judiciaire. Les frais de justice sont fixés à 1'175 francs (émolument : 1'000 francs; débours : 175 francs).

Fribourg, le 21 septembre 2005