

# FR\_GERICHTE 101 2017 58 vom 24. März 2017

FR Kantonsgericht, 2017-03-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_58](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_58)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 58 du 24 mars 2017

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 58 del 24 marzo 2017

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Berufung/Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b und 319 lit. a ZPO)

## Erwägungen

### E. 2

La critique de l'appelant porte d'abord sur l'attribution de la garde de G. \_\_\_\_\_ à son épouse. a) Le Président du Tribunal a soigneusement exposé son argumentation à l'appui de sa décision de maintenir la garde des cinq enfants à la mère. Après avoir relaté les divers éléments du dossier, il a retenu en substance que G. \_\_\_\_\_ pouvait compter sur l'aide de ses frères lors de la préparation des repas, que son instrument de musique (soit son piano) se trouvait chez sa mère, que la santé du père (DO/171 s.) était en l'état préoccupante et qu'aucun motif ne justifiait un changement immédiat et abrupt de garde. Il a ajouté que cette solution s'inscrivait dans le bon

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 intérêt de l'enfant et ne le séparerait pas de sa fratrie, étant en outre relevé qu'au vu de la proximité géographique des domiciles de ses deux parents, G. \_\_\_\_\_ pourrait continuer à voir son père de manière régulière et facilitée (décision attaquée, p. 8-9). b) Dans son appel, l'appelant insiste sur la volonté réfléchie et exprimée de G. \_\_\_\_\_ de vivre avec lui ainsi que sur le fait que lui-même ne représente nullement un danger pour son fils, son problème d'alcoolisme étant dûment contrôlé. Il ajoute qu'il entretient une excellente relation avec tous ses enfants et que les contacts entre eux sont facilités par la proximité géographique des domiciles des parties. c) L'on relèvera à ce stade que dans la mesure du possible, il sera renoncé au prononcé de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, si ce n'est lorsque celle-ci se prolonge en raison de l'instruction de la cause, soit par exemple dans l'attente d'une enquête sociale lorsque, comme en l'espèce, sont litigieuses la garde et le droit de visite des enfants. Dans ce cadre-là, il convient alors, sur requête des parties, de rendre les seules mesures provisionnelles nécessaires à l'organisation de la vie séparée jusqu'au prononcé de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale (arrêt TC FR 101 2012-214 du 30 octobre 2012, in RFJ 2012 p. 368 consid. 2b). En l'espèce, la requête de modification de mesures protectrices de l'union conjugale a été déposée le 30 août 2016 quant à la réduction des pensions convenues le 2 juin 2016 et le 22 décembre 2016 quant à une modification de la garde de G. \_\_\_\_\_. C'est suite à la dénonciation de A. \_\_\_\_\_ au SEJ, en janvier 2017, qu'une enquête sociale a été ordonnée. Dans ces conditions, alors que l'époux a provoqué un fait nouveau en sollicitant la garde de G. \_\_\_\_\_, c'est à juste titre que le Président du Tribunal a ordonné des mesures provisionnelles. d) Sur le fond, l'on constatera en définitive que le bien des enfants commandait de maintenir une situation voulue par les parties, de sorte à ne pas séparer la fratrie et à ne pas entraîner un changement

immédiat de la garde de G.\_\_\_\_\_ alors qu'une enquête était en cours quant à la situation des cinq enfants. De surcroît, les motifs invoqués à l'appui de la requête de A.\_\_\_\_\_ tendant au changement de garde résidaient uniquement dans la volonté de G.\_\_\_\_\_ de vivre auprès de son père. Il ne s'agit pas ici de passer sous silence l'avis de G.\_\_\_\_\_, ni de nier les bonnes relations entretenues entre l'appelant et ses enfants, mais de ne pas modifier de manière abrupte une situation, alors qu'il ne ressort pas des éléments contenus dans la dénonciation de A.\_\_\_\_\_ au SEJ (DO/171 s.) que G.\_\_\_\_\_ ou ses frères et sœurs seraient en danger auprès de leur mère. L'on rappellera à ce stade que la règle fondamentale pour attribuer la garde est le bien de l'enfant (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5). Des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Son bien commande, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence (arrêt TF 5A\_131/2016 du 25 avril 2016 consid. 3.1.1, qui traite de l'effet suspensif, et les références citées). Dans ces circonstances, à l'aune du bien de G.\_\_\_\_\_, la décision du premier juge était parfaitement justifiée et doit être confirmée. Certes, le Président du Tribunal a tranché sans tenir audience, alors qu'en vertu de l'art. 273 al. 1 CPC, celle-ci est en principe obligatoire, ce qui résulte en l'espèce aussi de l'art. 297 al. 1 CPC (CPC-TAPPY, 2011, art. 273 n. 17 s.); la jurisprudence et la doctrine n'admettent de manière générale pas qu'il soit renoncé à toute audience. Cela étant, l'on ne peut faire abstraction de la situation exceptionnelle du cas d'espèce, en ce sens qu'il s'agit de mesures provisionnelles prononcées dans le cadre d'une procédure en

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 modification de mesures protectrices de l'union conjugale et que le Président du Tribunal, dans sa décision, a maintenu une situation convenue entre les époux, qui plus est après avoir entendu G.\_\_\_\_\_ le 11 janvier 2017 (DO/129) et alors que A.\_\_\_\_\_ a lui-même indiqué renoncer à une audience (DO/160). e) Quant à la conclusion de l'appelant relative à la nomination d'un curateur, nul doute que selon l'issue de l'enquête sociale, l'opportunité d'une mise en place d'une curatelle éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC ou d'une curatelle de surveillance des relations personnelles au sens de l'art. 308 al. 2 CC sera examinée dans le cadre de la décision au fond de mesures protectrices de l'union conjugale. Dans l'intervalle, il n'est cependant pas nécessaire d'ordonner une telle mesure.

### **E. 3**

L'appelant conclut encore au versement, par l'intimée, d'une contribution d'entretien en faveur de G.\_\_\_\_\_, ainsi qu'à la suppression de toute pension de sa part à l'égard de son fils et de son épouse. a) Le Président du Tribunal a exposé les revenus et charges de chaque partie, justifiant sa décision d'astreindre l'appelant à contribuer à l'entretien de ses enfants par le versement, dès le 1er septembre 2016, de CHF 590.- en faveur de D.\_\_\_\_\_, CHF 590.- en faveur de E.\_\_\_\_\_, CHF 590.- en faveur de F.\_\_\_\_\_ et CHF 335.- en faveur de G.\_\_\_\_\_, allocations en sus, ainsi qu'à celui de son épouse par le versement d'une pension de CHF 213.-. Il a retenu que A.\_\_\_\_\_ réalisait un revenu mensuel net de CHF 6'112.- et avait des charges à hauteur de CHF 3'487.- (minimum vital par CHF 1'200.-, loyer par CHF 1'450.-, assurance-maladie par CHF 180.-, assurance-RC ménage par CHF 30.-, frais divers [transports et repas à l'extérieur] par CHF 300.-, Swisscaution par CHF 18.-, frais de téléphone par CHF 70.-, franchise LAMal par CHF 25.- et impôts par CHF 214.-). Il s'est ensuite attelé à établir la situation de la mère, chiffrant ses revenus à CHF 2'675.35 et ses charges à CHF 2'211.10. Quant au calcul du coût d'entretien des enfants, l'appelant ne le

remet pas en cause en appel, sauf pour G. \_\_\_\_\_, mais ce comme conséquence de sa conclusion tendant à l'attribution de la garde. Le Président du Tribunal a arrêté le disponible de l'époux à CHF 2'625.- et celui de l'épouse à CHF 464.25 (cf. décision attaquée, p. 12-15).

b) A. \_\_\_\_\_ invoque tout d'abord une violation de son droit d'être entendu, violation qui, eu égard à sa nature formelle, doit être examinée en premier lieu. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 139 IV 179 consid. 2.2). En l'occurrence, le Président du Tribunal, quand bien même il n'a pas précisément mentionné pour quelle raison il ne retenait pas telle ou telle charge, respectivement n'imputait pas de revenu hypothétique à l'intimée, a suffisamment exposé les situations financières respectives des époux, de sorte que A. \_\_\_\_\_ a pu se faire une idée précise de la portée de cette décision rendue en procédure sommaire et la contester de manière adéquate; son droit d'être entendu n'a pas été violé, en particulier sous l'angle de la motivation. Par surabondance, même à supposer qu'une violation du droit d'être entendu de l'appelant puisse être retenue, un tel vice pourrait exceptionnellement être guéri, l'intéressé ayant la possibilité de s'exprimer devant une instance de recours avec plein pouvoir d'examen en fait comme en droit, et la violation ne paraissant pas

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 particulièrement grave au vu de la nature de la procédure (cf. ATF 137 I 195/SJ 2011 I 345, consid. 2.3.2 et les références citées). Ce grief d'ordre formel tombe dès lors à faux. c) L'appelant critique ensuite ses revenus et charges tels qu'établis par le premier juge. aa) Son grief relatif au montant de son revenu sera d'emblée écarté, dans la mesure où une éventuelle différence de quelque CHF 25.- par mois est minime; en outre, le Président du Tribunal n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant une augmentation de revenu de cet ordre, en se basant sur les propos de A. \_\_\_\_\_ lui-même tenus lors de l'audience du 24 novembre 2016 (DO/83). Il aurait de plus été loisible à ce dernier de produire à l'appui de son appel un décompte de salaire qui aurait démontré l'absence d'augmentation de son salaire pour 2017, ce qu'il n'a pas fait. bb) Pour ce qui a trait à sa prime d'assurance-maladie, A. \_\_\_\_\_ fait grief au premier juge d'avoir retenu un montant mensuel de CHF 180.- (après subvention), alors que sa prime s'établit selon lui à CHF 432.15, faute d'aide étatique. Il produit, à l'appui de son appel, une facture de prime du 4 décembre 2016 (bordereau de l'appel, pièce no 3). Or, 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). Les pseudo nova, à savoir des faits ou moyens de preuve qui existaient avant ce moment critique, ne peuvent en revanche être introduits en appel que s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance et seulement si la partie qui les invoque démontre qu'elle 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 (arrêt TF 5A\_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2). En l'espèce, l'avis de prime produit par l'appelant à l'appui de son allégué est antérieur à la reddition de la décision attaquée, de sorte que moyennant la diligence que l'on peut raisonnablement attendre de la part des

parties, il aurait pu produire ce document bien avant son appel. Il n'avance par ailleurs pas pourquoi il n'aurait pas pu le faire auparavant. Dans ces conditions, tant cette pièce que l'allégué y relatif doivent être déclarés irrecevables. cc) S'agissant des frais de repas par CHF 375.-, d'électricité par CHF 80.- et de téléphone par CHF 208.-, l'appelant se contente d'alléguer ses propres chiffres, sans les étayer, ni formuler de critique concrète à l'égard de la décision attaquée. Cela étant, quoi qu'il en soit, les frais d'électricité et de téléphone sont compris dans le minimum vital élargi, si bien qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte (ATF 126 III 353 consid. 1a). Quant aux frais de repas, ils sont compensés par les frais divers (transport, repas) retenus à hauteur de CHF 300.-, ajoutés aux frais d'électricité retenus à concurrence de CHF 70.- (cf. décision attaquée, p. 12). dd) Reste à examiner la critique de l'appelant relative au remboursement allégué d'un prêt contracté auprès de H.\_\_\_\_\_.

Une dette n'est prise en considération dans le calcul du minimum vital que lorsque celle-ci a été assumée avant la fin du ménage commun aux fins de l'entretien des deux époux, mais non lorsqu'elle a été assumée au profit d'un seul des époux, à moins que tous deux n'en répondent solidairement (ATF 127 III 289 consid. 2a). Or, en l'espèce, quand bien même dite dette a semble-t-il été contractée pendant la vie commune, il n'a pas été apporté la preuve d'une dette commune, pas davantage que son remboursement effectif. C'est dès lors à juste titre qu'il n'en a pas été tenu compte.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 c) Au chapitre de la situation financière de son épouse, l'appelant remet en cause la non- prise en compte, par le premier juge, d'un revenu hypothétique. aa) Les conditions permettant au juge de retenir un revenu hypothétique font l'objet d'une jurisprudence abondante et bien établie: pour fixer les contributions d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations. Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas 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 là d'une question de fait (ainsi arrêt TF 5A\_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 3.2.2 et les réf. citées, en particulier l'ATF 137 III 102). bb) En l'espèce, l'on ne saurait reprocher au Président du Tribunal de n'avoir pas examiné la possibilité que l'épouse puisse exercer une activité lucrative à un taux supérieur, voire mieux rémunérée, dès lors que cette dernière, qui a la garde de cinq enfants âgés entre 17 et 11 ans, travaille déjà à un taux compris entre 50 et 60 %. Dans ces conditions, qui plus est au stade de mesures provisionnelles rendues dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, la Cour n'entend pas davantage examiner cette question, étant relevé que B.\_\_\_\_\_ a tout entrepris pour retrouver une activité lucrative et suit des cours de français, afin d'augmenter ses chances de trouver un emploi au taux escompté de 80 ou 100 % (DO/85). d) Le sort donné à ces griefs permet d'écarter les critiques de l'appelant relatives aux contributions d'entretien, étant relevé, s'agissant des pensions dues pour F.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et

D.\_\_\_\_\_, qu'il ne remet pas en question la méthode de calcul adoptée par le premier juge, pas davantage qu'il n'en conteste le versement. Il en va différemment de l'entretien de G.\_\_\_\_\_, pour lequel il conclut à être libéré de toute pension et requiert un montant de la part de son épouse. Cela étant, son chef de conclusion n'est formulé que comme conséquence de la garde qu'il demandait, rejetée en l'état. Dans cette mesure, il n'y a dès lors pas matière à examiner cette question, étant précisé qu'au vu des situations financières respectives des parties, A.\_\_\_\_\_ est en mesure de s'acquitter du montant de CHF 335.-, qui peut rester inchangé, le coût d'entretien de G.\_\_\_\_\_ tel que calculé ne prêtant pas le flanc à la critique. Quant à la pension due à l'épouse, elle peut être maintenue au montant fixé de CHF 213.-.

#### **E. 4**

L'appel, manifestement mal fondé, est ainsi rejeté sans échange d'écritures (art. 312 al. 2 CPC).

#### **E. 5**

a) Les frais judiciaires, fixés forfaitairement (art. 95 al. 2 let. b CPC) à un montant de CHF 500.-, sont mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas matière à dépens.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 b) L'appelant a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire. Son appel est toutefois dépourvu de chances de succès (art. 117 let. b CPC), dès lors qu'il était prévisible qu'il ne serait pas admis (arrêt TF 5A\_373/2008 du 7 juillet 2008 consid. 2), même très partiellement. Il s'ensuit le rejet de sa requête. la Cour arrête: I. L'appel est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. II. La requête d'assistance judiciaire pour la procédure d'appel est rejetée. III. Les frais judiciaires, par CHF 500.-, sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_. IV. Il n'est pas alloué de dépens. V. 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 24 mars 2017/sze Le Président La Greffière-rapporteure

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