

# FR\_GERICHTE 101 2017 69 vom 20. April 2017

FR Kantonsgericht, 2017-04-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_69)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 69 du 20 avril 2017

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 69 del 20 aprile 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. 1

a) L'appel est recevable notamment contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, 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 nécessaires pendant une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 et 248 let. d 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 24 février 2017. Déposé le 6 mars 2017, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est, de plus, dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu notamment la contestation, en appel, des modalités de la garde alternée sur C.\_\_\_\_\_, le litige n'a pas de valeur appréciable en argent, quand bien même il porte aussi sur l'attribution du logement conjugal (CPC-TAPPY, 2011, art. 91 n. 10 et les références citées). Il s'ensuit la recevabilité de l'appel. b) La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures provisionnelles, le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant d'une question relative à des enfants mineurs, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 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. 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 utiles à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

### E. 2

A.\_\_\_\_\_ invoque d'emblée une violation du droit d'être entendu, violation qui, eu égard à sa nature formelle, doit être examinée en premier lieu. a) 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 (ainsi arrêt TF 5A\_28/2015 du 22 mai 2015 consid. 3.1.1 et 3.2). Sa portée n'est pas modifiée par l'application des maximes d'office et inquisitoire (arrêt TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 6.3.1). 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

Tribunal cantonal TC Page 4 de 6 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). Le droit d'être entendu est un grief de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). b) En l'espèce, la Présidente du Tribunal, lors de l'audience du 7 février 2017, a imparti aux époux un délai de 20 jours pour produire les pièces requises de part et d'autre (procès-verbal p. 10 [DO/12]). Or, elle a rendu sa décision avant l'échéance de ce délai. Certes, les parties avaient accepté qu'une décision de mesures provisionnelles soit rendue avant le dépôt du rapport d'enquête sociale. Cela étant, la Présidente du Tribunal ne pouvait pas se prononcer, en particulier sur les aspects financiers, avant l'échéance du délai qu'elle avait elle-même fixé; tout au plus aurait-elle pu le révoquer et en impartir un plus bref si elle avait considéré que sa décision ne pouvait être différée de la sorte. La violation du droit d'être entendu est dès lors patente. En outre, l'intimée se méprend lorsqu'elle affirme que le délai imparti aux époux pour se déterminer sur les requêtes de mesures superprovisionnelles déposées est un délai de pure forme (réponse, p. 3). S'il est exact que la décision rendue en urgence le 14 février 2017 n'était pas sujette à recours (ATF 137 III 417 consid. 1.2-1-4), l'art. 265 al. 2 CPC impose néanmoins au juge qui a rendu une décision de mesures superprovisionnelles de donner l'occasion aux parties de se déterminer, puis de statuer sans délai sur la requête par le biais de mesures provisoires ordinaires qui confirment, modifient ou suppriment et, ainsi, remplacent les mesures superprovisionnelles précédemment ordonnées (ATF 140 III 529 consid. 2.2.1). En l'espèce, dans sa décision urgente du 14 février 2017, la Présidente du Tribunal avait imparti aux époux un délai expirant le 28 février 2017 pour se déterminer sur les requêtes de mesures superprovisionnelles respectivement requises; or, elle a, dans une décision rendue avant l'échéance dudit délai, modifié sa décision rendue d'urgence quant à l'attribution du domicile conjugal, sans attendre le dépôt des déterminations des parties. Là encore, la violation du droit d'être entendu est manifeste. Il s'ensuit l'annulation de la décision querellée pour ce motif déjà. La violation du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. étant grave, elle ne saurait être réparée au stade de l'appel. Il s'ensuit l'admission de celui-ci et l'annulation de la décision attaquée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs de l'appelant, ni les conclusions qu'il a formulées à titre subsidiaire. La cause sera dès lors renvoyée au premier juge, afin qu'il donne l'occasion aux parties d'actualiser le dossier par rapport à la situation, notamment de produire les pièces qui ne l'ont pas encore été, puis statue à nouveau. L'on relèvera à ce stade que prononcer une garde alternée en ordonnant en parallèle l'expulsion de l'un des conjoints du domicile conjugal est délicat. Certes, cette décision a été prise à l'aune du bien de l'enfant, afin de privilégier un contact rapproché avec chacun des parents. Cela étant, l'on ne peut ignorer l'inconnue liée au futur domicile de l'un des parents gardiens, qui plus est dans une décision provisoire jusqu'à droit connu sur l'attribution du domicile conjugal, au risque de voir la situation se modifier une nouvelle fois.

### **E. 3**

Dès lors que, par le présent arrêt, il est statué sur l'appel, la requête d'effet suspensif est devenue sans objet.

#### **E. 4**

a) Dans son mémoire de réponse, l'intimée requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, assistance dont elle a déjà bénéficié en première instance selon décision du 9 février 2017. b) En vertu de l'art. 117 CPC, une partie a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès. En l'espèce, il ressort du dossier qu'B.\_\_\_\_\_ est assistante médicale, pour un salaire mensuel net de CHF 2'929.40, allocations familiales non comprises, part au 13e salaire incluse (bordereau du 29 janvier 2017 pièce no 5); elle assume des charges comprenant son minimum vital élargi par CHF 1'687.50 (CHF 1'350.- + 25 %; cf. arrêt TF 4A\_432/2016 du 21 décembre 2016 consid. 6), sa prime d'assurance-maladie par CHF 426.15, la prime d'assurance-maladie de C.\_\_\_\_\_ par CHF 93.95 (bordereau du 29 janvier 2017, pièces nos 15 et 16) et sa prime d'assurance-RC ménage par CHF 53.55 (bordereau du 29 janvier 2017, pièce no 11), sans compter les charges du logement, le leasing du véhicule, les frais de déplacements professionnels, les impôts ou l'entretien résiduel de C.\_\_\_\_\_. Son indigence est dès lors manifeste. En outre, sa position juridique au stade de l'appel ne pouvait être considérée d'emblée comme dénuée de toute chance de succès au sens de la jurisprudence (ATF 133 III 614 consid. 5). Partant, sa requête d'assistance judiciaire sera admise, étant rappelé que l'assistance judiciaire est remboursable dès que la partie est en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC). En conséquence, B.\_\_\_\_\_ est exonérée des frais judiciaires et Me Jacques Meuwly, avocat, lui est désigné en qualité de défenseur d'office.

#### **E. 5**

Pour la procédure d'appel, A.\_\_\_\_\_ conclut à ce que les frais et dépens y relatifs soient mis à la charge de l'intimée, laquelle conclut au rejet. a) Les frais comprennent, d'une part, les frais judiciaires par un émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 1 let. a et al. 2 let. b CPC; art. 124 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice [LJ, état au 1er juillet 2015; RSF 130.1], 10 s. et 19 du règlement du 30 novembre 2010 sur la justice [RJ, état au 1er juillet 2015; RSF 130.11]) et, d'autre part, les dépens (art. 95 al. 1 let. b CPC). Les frais judiciaires qui ne sont imputables ni aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton, si l'équité l'exige (art. 107 al. 2 CPC). Selon la doctrine, l'art. 107 al. 2 n'est pas applicable, fût-ce par analogie, à des frais imputables aux parties ou à des tiers, de telle sorte que le canton ne peut être condamné à verser des dépens à des parties, sauf lorsqu'il revêt lui-même la qualité de partie et est soumis à ce titre aux règles ordinaires de l'art. 106 CPC. Ainsi, cette disposition exclut une condamnation d'un canton non partie à verser des dépens dans l'hypothèse où un recours aurait été rendu nécessaire par une faute d'un de ses magistrats (CPC-TAPPY, 2011, art. 107 n. 34 s.; ATF 139 III 471 consid. 3.3). b) aa) En l'espèce, l'appelant obtient gain de cause, la cause étant renvoyée au premier juge pour nouvelle décision. Partant, les frais judiciaires de la procédure d'appel, fixés à CHF 800.-, seront mis à la charge de l'Etat, qui se substitue à la Présidente du Tribunal civil du Lac. bb) Les dépens, qui ne peuvent certes être mis à la charge de l'Etat (cf. ATF 139 précité), peuvent néanmoins être mis à la charge de l'intimée, qui a conclu, à tort, au rejet de l'appel (cf. art. 106 al. 2 CPC). Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le RJ. L'art. 63 al. 1 RJ prévoit que les dépens sont fixés de manière globale ou détaillée. La première hypothèse s'applique notamment aux affaires contentieuses de la compétence du ou de la juge unique, à l'exception de celles qui lui sont attribuées par l'article 56 de la loi du 28 février

Tribunal cantonal TC Page 6 de 6 1986 sur le registre foncier (art. 64 al. 1 let. a RJ), ainsi qu'en cas de recours contre sa décision (art. 64 al. 1 let. e RJ); dans ce dernier cas, l'indemnité maximale est alors de CHF 3'000.-, mais peut être augmentée jusqu'à son double, si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 2 RJ). Selon l'art. 63 al. 2 RJ, en cas de fixation globale, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure, du travail nécessaire de l'avocat ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties. En l'espèce, les dépens de A. \_\_\_\_\_ pour la procédure d'appel peuvent être arrêtés à la somme de CHF 800.-, débours compris, plus la TVA par CHF 64.- (8 % de CHF 800.-). c) La cause étant renvoyée pour nouvelle décision, il n'y a pas lieu de statuer sur les frais de la procédure de première instance (art. 318 al. 3 CPC a contrario), qui ont par ailleurs été réservés. la Cour arrête: I. L'appel est admis. Partant, la décision rendue le 23 février 2017 par la Présidente du Tribunal civil du Lac est annulée et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle décision. II. La requête d'assistance judiciaire formulée pour la procédure d'appel par B. \_\_\_\_\_ est admise. III. La requête d'effet suspensif est sans objet. IV. Les frais judiciaires d'appel, fixés à CHF 800.-, sont mis à la charge de l'Etat. V. B. \_\_\_\_\_ est reconnue devoir à A. \_\_\_\_\_, à titre de dépens pour l'appel, un montant de CHF 864.- (CHF 800.- + TVA par CHF 64.-), sous réserve de l'assistance judiciaire. VI. Cet arrêt est notifié: 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 20 avril 2017/sze Le Président La Greffière-rapporteure

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