

# FR\_GERICHTE 101 2021 533 vom 10. Februar 2022

FR Kantonsgericht, 2022-02-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2021\\_533](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2021_533)

FR: FR\_GERICHTE 101 2021 533 du 10 février 2022

IT: FR\_GERICHTE 101 2021 533 del 10 febbraio 2022

## 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. 3

décembre 2021. Il conclut à ce que, D. \_\_\_\_\_ étant quasiment majeure, la garde sur E. \_\_\_\_\_ soit exercée de manière alternée, à raison de la moitié de la semaine, d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances chez chaque parent, et à ce que la cause soit renvoyée à la première juge "qui procèdera au calcul de la contribution d'entretien à verser par l'appelant pour l'enfant D. \_\_\_\_\_ (...) sur la base de la situation financière actuelle des parties", respectivement "sous le régime de la garde alternée pour l'enfant E. \_\_\_\_\_", en "modification du chiffre 6 de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 octobre 2018", le tout sous suite de frais. Dans sa réponse à l'appel du 13 janvier 2022, B. \_\_\_\_\_ conclut au rejet de celui-ci, sous suite de frais.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 en droit 1. 1.1. 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 au dernier état des conclusions 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 CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, vu notamment la contestation, en première instance, de l'attribution de la garde sur des enfants mineurs, le litige n'a pas de valeur patrimoniale appréciable en argent (arrêt TF 5A\_218/2014 du 25 juin 2014 consid. 1.1), quand bien même il a néanmoins un aspect financier. C'est donc bien la voie de l'appel qui est ouverte. Par ailleurs, la décision attaquée ayant été notifiée à la mandataire de l'appelant le 6 décembre 2021 (DO/113), l'appel du 16 décembre 2021 a été interjeté en temps utile. Le mémoire d'appel est, de plus, dûment motivé. 1.2. Selon la jurisprudence (arrêt TF 4A\_207/2019 du 17 août 2020 consid. 3.2 non publié aux ATF 146 III 413), l'appel a un effet réformatoire, ce qui signifie que l'instance d'appel a le pouvoir de statuer elle-même sur le fond, en rendant une décision qui se substitue au jugement attaqué. Il s'ensuit que la partie appelante ne saurait se limiter, sous peine d'irrecevabilité, à conclure à l'annulation de la décision entreprise, mais doit prendre des conclusions au fond, libellées de telle manière que l'instance d'appel, statuant à nouveau, puisse les incorporer sans modification au dispositif de sa décision. De telles conclusions supposent cependant que l'autorité précédente soit entrée en matière et ait rendu un jugement au fond (ATF 138 III 46 consid. 1.2). Par ailleurs, lorsque les conclusions ont pour objet une somme d'argent, elles doivent de plus être chiffrées, même lorsque la maxime inquisitoire est applicable. Des conclusions déficientes ne sont pas de nature

mineure et ne justifient pas la fixation par le tribunal d'un délai pour réparer le vice, au sens de l'art. 132 CPC. Toutefois, les conclusions doivent être interprétées à la lumière de la motivation de l'appel : dès lors, il doit exceptionnellement être entré en matière sur un appel ne comportant pas de conclusions recevables lorsque ce que le recourant demande – respectivement quel montant il réclame – résultent de sa motivation (ATF 137 III 617). En l'espèce, la première juge a notamment rejeté la requête de mesures provisionnelles en lien avec l'entretien des enfants D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_. A cet égard, elle a considéré que le mari ne semblait fonder sa requête de modification des pensions qu'en lien avec le changement de garde demandé, indiquant toutefois que la mère aurait des revenus plus élevés qu'en 2018 tandis que sa propre situation ne se serait pas modifiée, hormis une augmentation de salaire. Dans la mesure où l'attribution de la garde demeurerait la même, tout comme la situation financière du père, elle a estimé que l'évolution de la situation de la mère n'était pas relevante, le père non gardien devant en principe assumer l'entier du coût financier des enfants dès lors que la mère leur fournit les soins en nature (décision attaquée, p. 5-6). Il résulte de cette motivation que la Présidente a rendu une décision sur le fond. Or, dans son appel, A. \_\_\_\_\_ ne prend pas de conclusions réformatoires en lien avec l'entretien de ses enfants : à cet égard, il se borne à conclure à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à la Présidente pour fixation des pensions, ce qui n'est pas admissible. Par ailleurs, ses conclusions ne sont pas non plus chiffrées et même la motivation du mémoire ne contient aucun calcul qui permettrait de déterminer les montants qu'il offre désormais.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 Au vu de ce qui précède, il faut retenir que les conclusions de l'appel sont déficientes en tant qu'elles concernent les contributions d'entretien pour les enfants D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_. Il s'ensuit l'irrecevabilité des chiffres II et IV des conclusions, ainsi que des passages topiques de l'appel (p. 4-5 et 10). Partant, seul sera examiné le chiffre III, par lequel le père conclut à ce que la garde sur son fils soit désormais exercée de manière alternée. 1.3. 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 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant d'une question relative à un enfant mineur, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC). Par ailleurs, si la Cour applique le droit d'office (art. 57 CPC), elle doit en principe, hormis pour les cas de vices manifestes, se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite de l'appel (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4). 1.4. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). 1.5. Lorsque, comme ici, le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée et les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1). Il en résulte que la production, par l'intimée, d'un échange de messages WhatsApp du 9 décembre 2021 entre l'appelant et son fils est recevable. 1.6. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'audition des époux en première instance et le fait que toutes les pièces utiles au traitement de l'appel figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience. 2. 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 (ATF 143 III 617 consid. 3.1), à savoir s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. En matière d'attribution de la garde sur des enfants mineurs, la jurisprudence retient que la nouvelle réglementation

doit être requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. Le bien de l'enfant est donc le critère fondamental à examiner lorsqu'une décision quant à son attribution doit être prise : une modification de la solution pratiquée jusqu'alors ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes, elle doit aussi être commandée par les intérêts de l'enfant. Elle ne peut ainsi être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement ; la modification doit ainsi s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêt TF 5A\_762/2020 du 9 février 2021 consid. 4.1). De plus, comme déjà mentionné, la règle fondamentale en matière d'attribution de la garde est le bien de l'enfant, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères essentiels, outre l'intérêt de l'enfant, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent. Il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier, lorsque les

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 capacités d'éducation et de soin des parents sont pour le reste similaires. Par ailleurs, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge, alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. Pour apprécier ces critères, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 142 III 617 consid. 3.2.2, 3.2.3 et 3.2.5). Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2 et 301a al. 1 CC), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Invité à statuer à cet égard, le juge doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant (art. 298 al. 2ter CC). Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde (ATF 142 III 617 consid. 3.2.2 et 3.2.3). Il appartient donc au juge, sur la base des faits du passé et du présent, de faire un pronostic sur la possibilité d'instaurer une garde alternée pour le bien de l'enfant et, s'il estime que cela n'est pas judicieux, de motiver ce choix de façon claire et complète (arrêt TF 5A\_629/2019 du 13 novembre 2020 consid. 4.1). Par ailleurs, selon l'âge des enfants, leur désir univoque doit être pris en compte (arrêt TF 5A\_444/2008 du 14 août 2008 consid. 3.1), comme l'art. 133 al. 2 CC le prévoit. Si la seule volonté de l'enfant ne suffit en principe pas à fonder une modification de la décision, son désir d'attribution à l'un ou l'autre de ses parents doit être pris en considération lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise par un enfant dont l'âge et le développement – en règle générale à partir de 12 ans révolus – permettent d'en tenir compte : imposer à un

enfant un contact avec l'un de ses parents, malgré une forte opposition de sa part, constitue en effet une atteinte à sa personnalité (arrêt TF 5A\_63/2011 du 1er juin 2011 consid. 2.4.1) et est en contradiction avec le but même des relations personnelles (arrêt TF 5A\_716/2010 du 23 février 2011 consid. 4). 2.2. En l'espèce, la Présidente a relevé qu'en 2018, la garde a été confiée à la mère sur la base de sa plus grande disponibilité – elle travaillait à 50 %, contre 80 % pour le père – et du fait que la situation convenait aux enfants. Actuellement, le seul élément qui a changé est l'augmentation du taux d'activité de la mère à 70 %, mais cet argument n'est pas décisif s'agissant d'adolescents qui n'ont plus besoin d'une prise en charge aussi importante. Pour le reste, tant D. \_\_\_\_\_ que E. \_\_\_\_\_ ont déclaré lors de leur audition qu'ils ne souhaitent pas une garde alternée, mais le maintien de la situation actuelle. Quand bien même le cadet a aussi indiqué qu'il irait volontiers un soir supplémentaire par semaine chez son père, il ne s'impose pas de modifier l'attribution de la garde à ce stade, les parties étant invitées à prendre en compte ce souhait dans la mesure du possible. De plus, il résulte des déclarations des deux époux que, s'ils parviennent à s'entendre pour prendre les décisions importantes pour leurs enfants, la communication est plus fonctionnelle que cordiale. Dans ces conditions, la première juge a considéré qu'il n'existe aucun fait nouveau important justifiant une nouvelle attribution de la garde (décision attaquée, p. 4-5). 2.3. L'appelant lui reproche une violation des art. 179 et 298 al. 2ter CC. En substance, il fait valoir que son épouse a augmenté son taux d'activité et qu'elle doit en principe, hormis durant la pandémie de Covid-19, aller travailler deux jours par semaine à Berne, ce qui a pour conséquence que E. \_\_\_\_\_ doit être pris en charge ces jours-là par ses grands-parents maternels. Or, lui-même travaille à 80 % afin d'être disponible pour ses enfants et il peut effectuer du home office durant deux

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 jours, de sorte qu'il serait préférable qu'il s'occupe alors de son fils, ce qui permettrait aussi de cultiver et renforcer le lien filial. Par ailleurs, E. \_\_\_\_\_ a déclaré à la première juge qu'il irait volontiers un soir supplémentaire par semaine chez son père et il est d'une grande importance pour un adolescent de son âge d'avoir une relation plus étroite avec son père. Ces circonstances relèvent d'une modification notable de la situation et commandent une nouvelle attribution de la garde, ce d'autant qu'en application de l'art. 298 al. 2ter CC, l'autorité doit examiner d'office si une garde alternée est possible. Enfin, il relève que, contrairement à ce qu'a estimé à la Présidente, il ne saurait être renvoyé à trouver avec son épouse un accord quant à un élargissement du droit de visite, accord qui n'est pas possible (appel, p. 6-10). 2.4. Les parties sont séparées depuis près de 4 ans et E. \_\_\_\_\_, qui était alors âgé de 9 ½ ans et a aujourd'hui 13 ½ ans, vit depuis lors avec sa mère et ses frère et sœur dans l'ancienne maison familiale et va régulièrement chez son père dans le cadre d'un droit de visite élargi. Il n'est pas allégué que la prise en charge des enfants par l'intimée poserait problème, ce qui est au demeurant contredit par la proposition de l'appelant de mettre en œuvre une garde alternée. Dès lors, sous l'angle du critère de la stabilité, un poids particulier doit être donné à la poursuite de la situation de garde pratiquée à satisfaction depuis plusieurs années. Il est vrai que la mère a entre-temps augmenté son taux d'activité de 50 à 70 %, mais elle reste malgré tout plus disponible que le père pour prendre soin d'eux personnellement, ce d'autant qu'en raison de la pandémie de Covid-19 elle effectue uniquement du télétravail (DO/76). Du reste, comme l'a relevé la première juge, des enfants de l'âge de E. \_\_\_\_\_ n'ont plus besoin d'une prise en charge aussi importante que précédemment. De plus, lors de son audition par la première juge, l'enfant a déclaré (DO/78) : "J'ai voulu vous voir afin de vous dire ce que je veux. J'aimerais rester chez ma maman et voir mon papa en droit de visite. S'il

y avait une alternative, je ferais volontiers un jour, avec la nuit, de plus chez mon père, mais pas du 50/50. Je n'aimerais pas faire moitié/moitié. Je n'aimerais pas être à 100% chez mon père". Ces déclarations univoques, faites par un adolescent capable de discernement, montrent clairement qu'il ne souhaite pas modifier la situation actuelle, qui paraît lui convenir, pour être soumis à un régime de garde alternée et il convient d'en tenir compte, sous peine d'aller à l'encontre du rapprochement souhaité par le père. Certes, il a aussi laissé une porte ouverte quant à un élargissement du droit de visite, mais d'une part ce n'est pas ce que demande le père et, d'autre part, il semble résulter de l'échange WhatsApp du 9 décembre 2021, produit par l'intimée en annexe à sa réponse, que l'enfant s'est braqué lorsqu'il a su que son père voulait se "battre pour la garde" ("je veux rester comme ça alors il faut respecter mes choix" et "la juge ma demander ce que je ferai si j'étais obligé et je lui est dit que si j'étais obligé d'aller j'irai jusqu'au mercredi mais je lui est bien dit que ce n'est pas ce que je veux"). Dans ces conditions, le refus de la Présidente de modifier l'attribution de la garde, qui plus est au stade des mesures provisionnelles, ne prête pas le flanc à la critique et il n'est pas décisif que l'appelant puisse aménager son activité professionnelle pour s'occuper davantage de son fils. L'on comprend certes qu'il puisse souhaiter passer plus de temps avec son enfant afin de renforcer le lien filial, mais il paraît contreproductif d'y contraindre un adolescent qui aura bientôt 14 ans et qui semble très bien savoir ce qu'il souhaite pour son cadre de vie. Au vu de ce qui précède, l'appel contre le refus de la première juge de modifier l'attribution de la garde doit être rejeté.

### **E. 3.1**

Aux termes de l'art. 106 al. 1 et 2 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante ; lorsqu'aucune d'elles 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

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 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). En l'espèce, l'appel est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Il se justifie dès lors que les frais d'appel soient supportés par A. \_\_\_\_\_, qui succombe.

### **E. 3.2**

Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés à CHF 1'000.- et seront prélevés sur l'avance versée par l'appelant (art. 111 al. 1 CPC).

### **E. 3.3**

Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ ; RSF 130.11). En cas de fixation globale, comme en l'espèce, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). L'indemnité maximale en cas de recours contre une décision du juge unique est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. e et al. 2 RJ). En l'espèce, compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ seront fixés à la somme de CHF 1'200.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 92.40 (7.7 % de CHF 1'200.-). la Cour arrête : I. L'appel est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Partant, la décision prononcée le 3 décembre 2021 par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine est

confirmée. II. Les frais d'appel, dont notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.-, qui seront prélevés sur son avance, sont mis à la charge de A. \_\_\_\_\_. III. Les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ sont fixés globalement à la somme de CHF 1'200.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 92.40. IV. 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 10 février 2022/lfa Le Président : Le Greffier-rapporteur :

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