

# FR\_GERICHTE 101 2023 330 vom 2. November 2023

FR Kantonsgericht, 2023-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2023\\_330](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2023_330)

FR: FR\_GERICHTE 101 2023 330 du 2 novembre 2023

IT: FR\_GERICHTE 101 2023 330 del 2 novembre 2023

## 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. 1.1

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 de CHF 10'000.- au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire - qui régit notamment les mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC) - est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire de l'appelante le 24 août 2023 (DO IV/123). Déposé le lundi 4 septembre 2023, premier jour ouvrable suivant l'échéance du délai (art. 142 al. 3 CPC), l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est, de plus, dûment motivé et doté de conclusions. En outre, au vu du montant de la baisse des pensions requise en première instance par le mari et contestée par l'épouse, soit une baisse de CHF 200.- pour C.\_\_\_\_\_ (CHF 850.- - CHF 650.-) et CHF 1'200.- pour D.\_\_\_\_\_ (CHF 1'850.- - CHF 650.-) du 1er février 2022 au 30 septembre 2022, et de CHF 400.- pour C.\_\_\_\_\_ (CHF 850.- - CHF 450.-) et CHF 1'400.- pour D.\_\_\_\_\_ (CHF 1'850.- - CHF 450.-) dès le 1er octobre 2022, la valeur litigieuse est manifestement supérieure à CHF 10'000.- (cf. art. 92 CPC). Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

### E. 1.2

La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures provisionnelles requises dans le cadre d'un divorce (art. 271, 276 al. 1 et 286 al. 3 CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant des questions concernant les enfants mineurs, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

### E. 1.3

La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La Cour applique le droit d'office (art. 57 CPC) mais, hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4).

### E. 1.4

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).

### **E. 1.5**

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 informations utiles à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8

### **E. 1.6**

La voie de droit au Tribunal fédéral se détermine, en matière pécuniaire, en fonction de la valeur litigieuse. Il s'agit du recours en matière civile si la valeur litigieuse est d'au moins CHF 30'000.- (art. 72 ss LTF) ou du recours constitutionnel subsidiaire dans les autres cas (art. 113 ss LTF). En l'espèce, le montant de la baisse des pensions arrêtée par la Présidente n'est pas litigieux en appel ; seul le dies a quo de la modification des pensions est contesté par l'appelante, qui requiert que dite modification soit repoussée du 1er février 2022 au 1er octobre 2022. La baisse des contributions arrêtée durant la période du 1er février 2022 au 30 septembre 2022 se montant à CHF 200.- pour C. \_\_\_\_\_ (CHF 850.- - CHF 650.-) et CHF 300.- pour D. \_\_\_\_\_ (CHF 1'850.- - CHF 1'550.-), soit à CHF 500.- par mois sur 8 mois, ce qui équivaut à CHF 4'000.-, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral est largement inférieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a LTF). Partant, seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire est ouverte (art. 113 ss LTF).

### **E. 2.1**

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CC pour les secondes ; arrêt TF 5A\_883/2011 du 20 mars 2012 consid. 2.4). Selon l'art. 179 al. 1 CC, les mesures protectrices ou provisionnelles peuvent être modifiées ou révoquées s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. Une modification ne peut ainsi être obtenue que si, depuis le prononcé des mesures, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, ou si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt TF 5A\_287/2013 du 5 août 2013 consid. 2). Une réglementation différente doit donc être commandée par des faits nouveaux, importants et durables : la procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. Le moment déterminant pour apprécier si celles-ci se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1). Si le principe d'une modification est admis, il faut recalculer la contribution en tenant compte de l'évolution de toute la situation financière, c'est-à-dire de toutes les charges, y compris celles qui ne sont pas nouvelles (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1).

### **E. 2.2**

En l'espèce, la Présidente a considéré que la mise en place d'une garde alternée sur les enfants C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ à compter du 1er février 2022 justifiait à elle seule le principe d'une modification des mesures provisionnelles et, partant, le réexamen complet de la situation des parties (décision attaquée, p. 5 s., ch. 18 s.). Ce point n'est pas contesté en appel.

### **E. 3.1**

De jurisprudence constante, la décision de modification de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisoires ne déploie en principe ses effets que pour le futur, l'ancienne réglementation restant valable jusqu'à l'entrée en force formelle du nouveau prononcé. En matière de contributions d'entretien, la modification peut aussi prendre effet, au plus tôt, au moment du dépôt de la requête, l'octroi d'un tel effet rétroactif relevant toutefois de l'appréciation du juge. Lorsque le motif pour lequel la modification d'une contribution d'entretien est demandée se trouve déjà réalisé au moment du dépôt de la requête, il ne se justifie normalement pas, du point de vue de l'équité, de

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 faire remonter l'effet de la modification à une date ultérieure. Selon les circonstances, le juge peut toutefois retenir, même dans ce cas, une date postérieure au dépôt de la requête, notamment lorsque la restitution des contributions accordées et utilisées pendant la durée de la procédure ne peut équitablement être exigée. En revanche, seuls des motifs très particuliers peuvent justifier une rétroactivité au-delà de la date du dépôt de la requête, par exemple un lieu de séjour inconnu ou une absence du pays du débiteur de la contribution d'entretien, le comportement contraire à la bonne foi d'une partie ou encore une maladie grave du créancier de la contribution d'entretien (arrêt TF 5A\_505/2021 du 29 août 2022 consid. 6.2.4 et les références citées ; arrêts TC FR 101 2020 120 du 30 novembre 2020 consid. 3.5 ; 101 2017 357 du 8 janvier 2018 consid. 2.4 et les références citées).

### **E. 3.2.1**

L'appelante reproche à la première juge d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en arrêtant la date de la baisse des pensions en faveur de C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ au 1er février 2022, date de la mise en place de la garde alternée, alors que la requête de modification des mesures provisionnelles a été déposée le 23 septembre 2022 seulement. Elle soutient qu'il n'existe pas de circonstances exceptionnelles au sens de la jurisprudence qui justifieraient de retenir une date antérieure au dépôt de la requête du 23 septembre 2022. Selon elle, le fait que l'époux a tardé à demander une baisse des pensions malgré la mise en place d'une garde alternée dès le 1er février 2022 ne justifie pas de déroger à la règle selon laquelle la modification des pensions doit prendre effet au plus tôt au jour du dépôt de la requête (appel, p. 7 s.).

### **E. 3.2.2**

L'intimé à l'appel estime pour sa part que c'est à juste titre que la Présidente a fait partir la baisse des pensions à la date de la mise en place de la garde alternée, circonstance justifiant à elle seule le principe d'une modification. Il oppose en outre que l'attitude procédurale adoptée par l'appelante s'agissant du montant des frais de garde aurait même pu justifier de faire intervenir la baisse des pensions avant le 1er février 2022. En effet, l'appelante s'est longtemps abstenue de l'informer sur le coût réel des frais de garde des enfants et de produire les pièces utiles pour les justifier ; finalement, au vu des frais de garde qui ont pu être établis dans la décision attaquée, il a versé durant plusieurs années des montants

largement supérieurs au montant servant à couvrir l'entretien convenable des enfants (réponse, p. 2 s.).

### **E. 3.3.1**

En l'occurrence, le motif principal à la base de la modification des contributions d'entretien est la mise en place d'une garde alternée dès le 1er février 2022 selon accord des parties. La première juge semble s'être basée exclusivement sur cet élément pour accorder l'effet rétroactif à la même date à la modification des contributions d'entretien, comme demandé par le mari. Cela étant, force est de constater, avec l'appelante, qu'il n'existe en l'espèce aucun motif très particulier au sens de la jurisprudence qui justifierait de déroger au principe clair posé par le Tribunal fédéral, selon lequel une décision de modification peut rétroagir tout au plus au jour du dépôt de la requête, pour autant que le motif de modification fût déjà donné à cette date. Alors que les parties avaient convenu le 21 janvier 2022, via une convention partielle de divorce, de mettre en place une garde alternée sur les enfants C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, sans toutefois parvenir à un accord sur les contributions d'entretien (cf. PV de la séance du 21 janvier 2022, p. 2 ss, DO III/27 s.), l'époux a attendu le 23 septembre 2022, soit pas moins de huit mois, pour demander une baisse des pensions fondée essentiellement sur l'instauration de ce nouveau mode de garde. Le fait que, dans l'intervalle, il « espérait pouvoir régler à l'amiable la modification des contributions d'entretien rendue nécessaire par la situation » (cf. requête du 23 septembre 2023, p. 3, ch. 8, DO III/74), n'est pas suffisant pour

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 octroyer un effet rétroactif à la modification. Il est en effet fréquent que le dépôt d'une requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles soit précédé de pourparlers. Ceux-ci ne sauraient par conséquent constituer un motif très spécial pouvant justifier une rétroactivité de la modification au-delà du dépôt de la requête, ce d'autant plus qu'ils sont la plupart du temps censés rester secrets en vertu de la législation sur la profession d'avocat (cf. notamment art. 26 du Code suisse de déontologie). C'est par ailleurs le propre des pourparlers transactionnels que d'impliquer pour chaque partie des concessions réciproques et il va de soi que si aucun accord ne peut en définitive être trouvé, chaque partie retrouve ses droits (cf. arrêt TC FR 101 2022 159 du 4 novembre 2022 consid. 3.4).

### **E. 3.3.2**

Dans la mesure où l'instauration d'une garde alternée selon accord des parties justifiait à elle seule l'admission du principe d'une modification des contributions et où l'époux a lui-même demandé l'effet rétroactif au 1er du mois suivant la mise en place de la garde alternée, exprimant ainsi qu'il s'agissait pour lui du moment déterminant pour modifier les pensions, il ne saurait se prévaloir du fait que son épouse aurait tardé à produire les pièces relatives aux frais de prise en charge des enfants par des tiers pour tenter d'excuser le dépôt tardif de sa requête de modification. Au demeurant, l'épouse a produit le 24 février 2021 les factures de l'accueil extrascolaire pour les mois de septembre et octobre 2020 (bordereau du 24 février 2021, pièce 18), ce dont le mari s'est visiblement contenté dès lors qu'il a ensuite signé une convention de mesures provisionnelles le 26 février 2021 maintenant les pensions fixées dans la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 septembre 2019, les pensions étant toutefois réduites de CHF 250.- par enfant et par mois tant que les frais de prise en charge par des tiers seraient inférieurs à CHF 200.- par mois en totalité (cf. PV de la séance du 26 février 2021, p. 9, DO I/73). De plus, l'épouse a produit les factures

relatives à l'accueil extrascolaire des enfants pour la période de septembre 2020 à janvier 2022 le 7 mars 2022 (bordereau du 7 mars 2022, pièce 5), soit dans le délai imparti pour ce faire (cf. PV de la séance du 21 janvier 2022, p. 8, DO III/30), et, bien que l'époux estime que ces factures, qui lui ont été transmises directement par l'épouse le 7 mars 2022 (cf. DO III/53), « attestent de ce que les frais de garde sont bien inférieurs à ceux retenus dans la décision de mesures protectrices de l'union conjugale » (cf. requête du 23 septembre 2022, p. 2, ch. 4 s., DO III/73), cela ne l'a pourtant pas incité à déposer immédiatement une requête en modification des contributions d'entretien.

### **E. 3.3.3**

Étant donné que le motif principal à la base de la modification des pensions, à savoir l'instauration d'une garde alternée, existait déjà au moment du dépôt de la requête du 23 septembre 2022, il se justifie de faire partir la modification des contributions, par souci de simplification et comme demandé par l'appelante, au 1er octobre 2022.

### **E. 3.4**

Le bien-fondé du grief conduit à l'admission de l'appel et à la modification de la décision attaquée dans le sens évoqué.

### **E. 4.1**

Aux termes de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante. 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). En l'espèce, l'appel étant admis, les frais de la procédure d'appel doivent être mis à la charge de l'intimé à l'appel qui succombe, sous réserve de l'assistance judiciaire.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8

### **E. 4.2**

Les frais judiciaires pour l'appel sont fixés forfaitairement à CHF 600.- (art. 95 al. 2 let. b CPC ; art. 124 LJ ; art. 10 s. et 19 RJ).

### **E. 4.3**

En vertu de l'art. 118 al. 3 CPC, l'assistance judiciaire ne dispense pas du versement des dépens à la partie adverse. 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, 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 A. \_\_\_\_\_ seront arrêtés globalement à la somme de CHF 1'000.-, débours compris, plus la TVA par CHF 77.- (7.7% de CHF 1'000.-). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le montant des dépens est dû directement au défenseur d'office de A. \_\_\_\_\_ (arrêt TF 4A\_106/2021 du 8 août 2022 consid. 3.4).

### **E. 4.4**

La décision attaquée 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 admis. Partant, le chiffre 2 du dispositif de la décision prononcée le 22 août 2023 par la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère est modifié pour prendre la teneur suivante : 2. Partant, le chiffre V du jugement de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 septembre 2019 est modifié comme suit : " Pour C.\_\_\_\_\_ : a) CHF 650.- du 1er octobre au 31 décembre 2022 ; b) CHF 330.- du 1er au 31 janvier 2023 ; c) CHF 650.- dès le 1er février 2023. Pour D.\_\_\_\_\_ : a) CHF 1'550.- du 1er octobre au 30 novembre 2022 ; b) CHF 1'650.- du 1er au 31 décembre 2022 ; c) CHF 360.- du 1er au 31 janvier 2023 ; d) CHF 1'550.- dès le 1er février 2023. La moitié des allocations familiales est conservée par B.\_\_\_\_\_, le solde étant dû en sus des pensions arrêtées ci-dessus. "

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 II. Les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de B.\_\_\_\_\_, sous réserve de l'assistance judiciaire. Les frais judiciaires dus à l'État sont fixés à CHF 600.-. B.\_\_\_\_\_ est reconnu devoir à Me Mathieu Azizi, à titre de dépens pour l'appel, un montant de CHF 1'000.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 77.-. III. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours constitutionnel 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. 113 à 119 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 2 novembre 2023/pvo Le Président La Greffière-rapporteure

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