

# FR\_GERICHTE 101 2016 24 vom 23. Dezember 2016

FR Kantonsgericht, 2016-12-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2016\\_24](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2016_24)

FR: FR\_GERICHTE 101 2016 24 du 23 décembre 2016

IT: FR\_GERICHTE 101 2016 24 del 23 dicembre 2016

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Ehescheidung

## Erwägungen

### E. 1

a) L'appel est notamment recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit (art. 142 al. 3 CPC). La décision attaquée a été notifiée à l'appelant le 1er décembre 2015, le délai d'appel de 30 jours (art. 311 al. 1 CPC) ne courait pas du 18 décembre 2015 au 2 janvier 2016 inclus (art. 145 al. 1 let. c CPC) et arrivait à échéance le samedi 16 janvier 2016 reporté au lundi 18 janvier 2016 (art. 142 al. 3 CPC). Par conséquent, le mémoire d'appel a été adressé en temps utile.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 16 bb) L'appel ne porte que sur une question d'entretien. Il est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 al. 2 CPC; cf. art. 91 al. 1 1e phrase CPC). La valeur du litige est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 1e phrase CPC). Pour déterminer si un appel est recevable, l'art. 308 al. 2 se réfère au « dernier état des conclusions ». Cela implique de tenir compte de toutes les modifications de conclusions, à la hausse ou à la baisse, intervenues en première instance, sans appliquer l'art. 227 al. 3 par analogie, ni se fonder sur l'enjeu de l'appel pour l'appelant (CPC-TAPPY, art. 91 N 62). Ainsi, c'est le montant encore litigieux au moment du rendu du jugement de première instance qui est déterminant (SPÜHLER, BSK- ZPO, art. 308 n. 8). Les revenus et prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent (art. 92 al. 1 CPC). En l'espèce, l'appelant demandait qu'aucune contribution d'entretien ne soit versée en faveur des enfants et que les dépenses courantes soient assumées par la mère qui perçoit les allocations familiales et employeur. L'intimée réclamait de son côté une contribution mensuelle de CHF 150.- par enfant et que les frais extraordinaires soient pris en charge à raison de 50% par chacun des parents. Ainsi, vu ces montants et la durée, la valeur litigieuse est supérieure à CHF 10'000.- et même à CHF 30'000.-. Quant à l'appel joint, étant donné qu'il porte sur la garde d'un enfant, il n'est pas de nature pécuniaire. cc) La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). Vu la nature du litige, la Cour applique les maximes inquisitoire et d'office (art. 296 al. 1 et 3 CPC). d) aa) Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admissibles en appel que 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). Il appartient au plaideur qui entend invoquer des pseudo nova devant l'instance d'appel de démontrer qu'il 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. La diligence requise suppose que dans la procédure de première instance, chaque partie expose l'état de fait de manière soignée et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêts TF 5A\_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1, 5A\_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 s et réf.). Le fait que l'appréciation des preuves par le tribunal n'a pas correspondu aux attentes ne justifie pas à soi seul l'apport d'éléments nouveaux en deuxième instance (arrêt TF 5A\_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 3.2.1). Si le défendeur veut formuler des réquisitions de preuve, ou offrir des preuves (contrepreuve), la bonne foi commande qu'il entreprenne sans retard les démarches nécessaires à la sauvegarde de ses droits, c'est-à-dire qu'il présente les moyens de preuve qu'il tient pour adéquats. Une critique présentée après le moment où l'appréciation des preuves a été effectuée en sa défaveur ne peut pas être entendue (ATF 127 II 227 consid. 1b; arrêt TF 5A\_92/2008 du 25 juin 2008 consid. 3.3.1). bb) En l'espèce, dans le cadre de sa réponse et appel joint (p. 3, ch. X), B. \_\_\_\_\_ a allégué un fait nouveau en lien avec la garde de sa fille E. \_\_\_\_\_. Celle-ci refuse de se rendre chez son père depuis le mois de décembre 2015 et souhaiterait s'installer définitivement chez sa mère. Dans sa réponse (p. 2, ad X), A. \_\_\_\_\_ a confirmé ne plus recevoir sa fille depuis le mois de décembre 2015, soutenant que cette dernière se trouverait dans un conflit de loyauté envers sa mère depuis que des dissensions sont survenues entre les parents dans le cadre de la procédure

Tribunal cantonal TC Page 6 de 16 de divorce. Il précise qu'il est démuné face au comportement de sa fille adolescente car elle serait soutenue par sa mère. Dans sa réponse à l'appel joint (p. 5 s, ch. 8 ss), A. \_\_\_\_\_ a également invoqué un fait nouveau, à savoir que son droit au chômage s'est terminé à fin du mois de juin 2016. Depuis le 1er juillet 2016, il exerce l'activité de chauffeur auprès de J. \_\_\_\_\_ à K. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_ et réalise un revenu mensuel net d'environ CHF 3'000.- à CHF 3'500.-. Par acte du 21 novembre 2016 et lors de l'audience du lendemain, il a en outre exposé avoir cessé ce travail, qui ne lui procurait pas un revenu suffisant, et s'activer à la mise sur pied d'une société de transport dont il escompte une rentabilité de l'ordre de CHF 5'000.- par mois dans un délai de deux à trois mois à compter du début de l'activité en février-mars 2017. cc) Vu que l'interruption des contacts personnels entre E. \_\_\_\_\_ et son père ainsi que la nouvelle situation professionnelle sont postérieures à la décision attaquée, ces faits nouveaux invoqués sont recevables au sens de l'art. 317 al. 1 CPC.

## **E. 2**

a) Dans le cadre de l'appel joint (p. 3, ch. X), l'intimée conclut à ce que la décision attaquée soit modifiée en ce qui concerne la garde de fille aînée E. \_\_\_\_\_. Etant donné que celle-ci refuse de se rendre chez son père, elle demande l'attribution de sa garde. Le père conclut pour sa part au rejet de ce chef de conclusions. b) aa) Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. A cet égard, les nouvelles dispositions sur l'autorité parentale entrées en vigueur au 1er juillet 2014 sont immédiatement applicables auprès des autorités cantonales (art. 12 al. 1 et 7b Tit. final CC; arrêt TF 5A\_92/2014 du 23 juillet 2014 consid. 2.1). Selon le nouvel art. 133 CC, le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (al. 1). Le terme "garde" se réfère à la prise en charge effective de l'enfant (Message concernant une modification du Code civil suisse [Autorité parentale] du 16 novembre 2011, FF 2011 8315 p. 8338). Pendant sa minorité,

l'enfant est soumis à l'autorité parentale conjointe des père et mère (art. 296 al. 2 CC), qui inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant (ATF 136 III 353 consid. 3.2, JdT 2010 I 491). Si ce n'est la compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, les nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'autorité parentale du 21 juin 2013, ne modifient ni le contenu, ni les règles d'attribution de la garde, de sorte que les critères dégagés par la jurisprudence restent applicables si les parents ne s'entendent pas sur ce point (arrêt TF 5A\_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 4.1). Pour l'attribution de la garde, le bien de l'enfant prime la volonté des parents. L'examen porte alors en premier lieu sur les capacités éducatives des parents. En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité et les relations familiales sont à examiner. Selon les circonstances, la disponibilité peut cependant céder le pas à la stabilité. Enfin, en fonction de l'âge, il peut être tenu compte du désir de l'enfant. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (arrêt TF 5A\_834/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1). Il convient de 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 l'un des deux parents. 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 capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 136 I 178 consid. 5.3; ATF 117 II 353 consid. 3; TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008, in FamPra.ch 4/2008 n. 104 p. 98). bb) 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; ATF 142 III 56, consid. 3), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Invité à statuer à cet égard, le juge doit néanmoins examiner, indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant. 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, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt. Il faut également tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de la stabilité qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de ce dernier et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. Il faut également prendre en compte le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Sur ce point, il appartiendra au juge du fait,

qui établit les faits d'office, de déterminer dans quelle mesure l'intervention d'un spécialiste, voire l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale ou d'une expertise, est nécessaire. Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce (arrêt TF 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 3.2.3 destiné à la publication). cc) L'art. 133 al. 2 CC prévoit expressément que le tribunal doit tenir compte, autant que possible, de l'avis de l'enfant. Il en aura connaissance par le biais de son audition au sens de l'art. 298 CPC, respectivement par celui du dépôt des conclusions de son éventuel représentant. Si l'avis de l'enfant perd en partie de son importance en raison du principe du maintien de l'autorité parentale post divorce, il demeure essentiel en cas de conflit entre les parents pour les autres points à régler par le jugement, soit la garde et les relations personnelles. Le tribunal devra ainsi se faire une idée précise de la situation, des liens que l'enfant entretient avec chacun de ses parents et de ses souhaits réels. Il ne devrait en principe pas lui demander s'il souhaite rester vivre auprès de son père ou de sa mère. Le tribunal devra également vérifier si les souhaits de l'enfant correspondent à son intérêt ou s'il s'agit pour l'enfant de bénéficier de davantage de liberté ou de moyens financiers. Les implications juridiques des souhaits exprimés par l'enfant dépendront de son développement et de son degré de maturité (BOHNET/GUILLOD, Droit matrimonial, Fond et procédure, art. 133 CC n. 18 ss). Conformément à la jurisprudence fédérale relative à la capacité de discernement (arrêts TF 5C.51/2005 du 02.09.2005, consid. 2, 5A\_683/2009 du 19.01.2012), l'enfant ne devrait être interpellé précisément sur ses souhaits quant à la garde que dès l'âge de

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 12 ans. Avant cette limite, l'audition permet essentiellement au tribunal de se faire une idée précise de la situation de l'enfant et d'établir les faits. Si le juge s'écarte dans sa décision de l'avis de l'enfant capable de discernement, il devra motiver sa décision sur ce point. Il est toutefois clair que plus l'enfant est âgé, plus sa volonté aura tendance à être reprise telle quelle dans la décision du tribunal (arrêt TF 5A\_63/2011 du 01.06.2011, consid. 2.5: pour une jeune fille de 17 ans). c) En l'espèce, le Tribunal civil a prononcé la garde partagée qui était exercée à satisfaction depuis la séparation des parents (DO/86 ss). Ainsi les enfants E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_ étaient chez chacun des parents de manière alternée une semaine sur deux, du dimanche 15h30 au dimanche suivant 15h30. Toutefois, depuis décembre 2015, la fille aînée E.\_\_\_\_\_, âgée de 15 ans, refuse de se rendre chez son père. Celui-ci a confirmé ce qui précède tout en affirmant qu'elle ne lui avait pas donné d'explication à ce sujet. De l'avis de l'intimée, le comportement de sa fille a été causé par la dispute survenue en 2015 concernant le lieu de passage de la fête de Noël. Depuis, elle camperait, tout comme son père, sur ses positions (audience du 22.11.16, p. 3 ss). Lors de son audition du 24 novembre 2016, E.\_\_\_\_\_ a communiqué son souhait profond de continuer à vivre chez sa mère. Elle a également exprimé un regret sincère de ne pas avoir de contacts avec son père lors desquels elle pourrait s'exprimer et être comprise par lui, sans autre interférence. Compte tenu de l'âge de E.\_\_\_\_\_, sa volonté ne peut qu'être prise en compte et cela d'autant plus que les raisons qu'elle invoque ne sont de loin pas futiles. Bien au contraire, elles traduisent une absence de communication constructive et un certain malaise qui s'est installé entre elle et son père. L'audition a par ailleurs montré que la situation ne relève pas du caprice, E.\_\_\_\_\_ gérant et assumant ce que cette situation implique vis-à-vis de ses frère et sœur. Cela étant, il reste souhaitable que cette absence de contact puisse

positivement évoluer et que la relation interrompue soit reprise. Toutefois, imposer à cette jeune fille un retour à la situation antérieure serait en l'état contraire à son bon développement, que son âge rend déjà délicat à vivre. Dans ces circonstances, il paraît s'imposer pour les personnes concernées de se remettre dans un premier temps sur le chemin d'un dialogue constructif, au besoin avec l'aide de tiers formés à cet effet. Recommandation leur est faite de s'y engager. L'appel joint doit dès lors être admis et la décision attaquée modifiée en conséquence concernant la garde de E.\_\_\_\_\_. Un droit de visite sera par ailleurs reconnu au père selon entente à trouver entre les personnes concernées. Compte tenu de ce qui précède et de la maxime d'office, il est nécessaire d'examiner la situation des deux plus jeunes enfants. Il ressort de la décision attaquée (p. 6 s, ch. 6) que les parents exercent la garde partagée depuis leur séparation et qu'ils désiraient la conserver car cela fonctionnait et satisfaisait les enfants. Il a également été retenu que les parents étaient capables de coopérer et de communiquer entre eux puisque pendant leur séparation, l'organisation de la garde partagée n'a que rarement posé problème. Par ailleurs, les domiciles des parents sont dans la même ville, proches l'un de l'autre ainsi que de l'école des enfants. La continuation de la garde partagée des deux enfants plus jeunes n'est pas remise en cause au stade de l'appel. Lors de leur audition du 24 novembre 2016, F.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_, âgés respectivement de 12 et 11 ans, ont indiqué que l'organisation actuelle de leur garde leur convenait et qu'ils souhaitaient qu'elle soit poursuivie. Les deux enfants savent qu'ils peuvent exprimer au parent concerné leur éventuelle volonté d'une adaptation momentanée de la garde lorsque les circonstances les y conduisent. Ils ont également pu exprimer leur regret d'être séparés d'avec leur grande sœur une semaine sur deux, tout en ajoutant qu'ils étaient heureux et réconfortés de pouvoir maintenir des contacts avec elle même durant les semaines de garde auprès de leur père. Il n'y a donc pas lieu de modifier la décision attaquée pour ce qui les concerne.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16

### **E. 3**

a) aa) Dans le cadre de son appel, l'appelant invoque une constatation inexacte des faits et une violation des art. 276 et 285 CC en lien avec l'entretien des enfants. Il soutient que dans la mesure où un revenu hypothétique d'un montant de CHF 6'000.- lui a été imputé, il faudrait également tenir compte des frais d'acquisition y relatifs. A son avis, il conviendrait de faire figurer dans ses charges un montant de CHF 1'730.20 composé des frais de déplacement (410.-), du leasing du véhicule (860.70), de l'assurance véhicule (137.-), ainsi que des frais de repas pris à l'extérieur (322.50). Si le montant de CHF 1'730.20 était retenu, son disponible ne serait plus que de CHF 3'546.35, soit de CHF 816.95 supérieur à celui de l'intimée (CHF 2'729.40). Par conséquent, comme les allocations familiales et employeur d'un montant de CHF 1'017.50 sont versées à l'intimée, il conviendrait qu'elle supporte à hauteur du précité montant les charges des enfants, soit leurs primes d'assurance-maladie, les frais médicaux, ceux de garde ainsi que ceux liés aux activités extra-scolaires. L'appelant a encore noté que le montant de son loyer était de CHF 1'270.- alors que celui de son épouse de CHF 1'747.50, mais qu'il prendra à court terme un logement plus grand et partant plus cher. Dans sa réponse à l'appel (p. 4 ss, Ad 1 ss), l'intimée soutient que c'est à juste titre que le Tribunal civil n'a pas retenu les frais de déplacement exorbitants de l'appelant en soulignant que ses propres frais de leasing n'ont pas été retenus non plus. Elle relève que l'appelant a donné son accord pour que les allocations familiales soient versées à la mère pour compenser le fait qu'elle ne dispose pas

du même revenu que lui. Elle ajoute qu'elle ne s'enrichit nullement en percevant ces allocations et qu'il se justifie que les parents se partagent les frais d'entretien vu qu'ils exercent une garde alternée. L'intimée souligne qu'à l'audience du 1er juillet 2015 l'appelant avait déclaré: « si mon épouse m'indique qu'elle n'a pas l'argent pour payer le cirque, les camps de ski ou les scouts, je les paie pour l'intérêt des enfants ». S'agissant du futur loyer de son appartement, l'intimée rappelle qu'à cette même audience l'appelant avait déclaré: « je ne veux pas changer mon appartement car il est près de l'école et il convient aux enfants ». bb) Dans le cadre de l'appel joint (p. 3, ch. X), l'intimée demande que la garde de E. \_\_\_\_\_ lui soit confiée et que l'appelant soit astreint au versement d'une contribution mensuelle d'entretien de CHF 500.-. Dans sa réponse à l'appel joint (p. 3 ss, Ad ad 2), l'appelant conteste la réponse de l'intimée relative à la prise en charge des frais d'entretien des enfants. En outre, il invoque des faits nouveaux (p. 5 s, ch. 8 ss), à savoir que son droit aux indemnités de chômage a pris fin en juin 2016 et qu'il exerce l'activité de chauffeur auprès de J. \_\_\_\_\_ à K. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_ à partir du 1er juillet 2016 en réalisant un revenu mensuel net d'environ CHF 3'000.- à CHF 3'500.-. Ainsi, il ne serait plus concevable qu'il réalise un revenu hypothétique de CHF 6'000.- comme retenu par le Tribunal civil. Il expose également que, du fait de la diminution de ses revenus, ses charges diminueront également puisque son employeur lui rembourserait ses frais de véhicule. Enfin, dans son écriture du 21 novembre 2016, il explique n'avoir pas gardé l'activité de chauffeur et envisager la création d'une entreprise de transport; à cet égard, il a précisé lors de l'audience: «je suis en train de monter une société pour faire du transport individuel. Il y a cependant à régler les questions légales, notamment si j'ai besoin d'une concession. Je vais en obtenir une mais je dois remplir certaines exigences. Actuellement, je suis seul. Dès que cela sera lancé, je serai peut-être rejoint par d'autres personnes. Ca sera dans le secteur Fribourg et région. Je compte en obtenir une rentabilité de l'ordre de CHF 5'000.- par mois dans un délai de deux à trois mois à compte du début de l'activité en février- mars 2017» (PV p. 2).

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 b) aa) Selon l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère. La loi ne prescrit pas toutefois de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien (ATF 128 III 411 consid. 3.2.2); sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 127 III 136 consid. 3a; 120 II 285 consid. 3b/bb; arrêt 5A\_507/2007 du 23 avril 2008 consid. 5.1) et applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 127 III 136 consid. 3a). Il n'y a violation du droit fédéral que si le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation en se référant à des critères dénués de pertinence, ou en ne tenant pas compte d'éléments essentiels, ou encore si, d'après l'expérience de la vie, le montant fixé apparaît manifestement inéquitable (ATF 132 III 178 consid. 5.1; 130 III 571 consid. 4.3; 128 III 161 consid. 2c/aa). Les besoins d'entretien statistiques moyens retenus dans les « Recommandations pour la fixation des contributions d'entretien des enfants » éditées par l'Office de la jeunesse du canton de Zurich peuvent servir de point de départ pour la détermination des besoins d'un enfant dans un cas concret. Il y a toutefois lieu de les affiner en tenant compte, conformément à l'art. 285 al. 1 CC, des besoins concrets particuliers de l'enfant, ainsi que du niveau de vie et de la capacité contributive des parents (ATF 116 II 110 consid. 3a; arrêts 5A\_507/2007 du 23 avril 2008 consid. 5.1 in FamPra.ch 2008 992, 5A\_234/2011 du 21 novembre 2011 consid. 4.4.3). Le coût d'entretien déterminé par les tables, en dépit de leur dénomination, ne correspond pas au coût d'entretien effectif d'un enfant résidant dans la région zurichoise,

mais correspond à une moyenne suisse (arrêt TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012). bb) L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 135 III 66 consid. 2). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur (ATF 137 III 118 consid. 3.1). Il s'ensuit que, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (arrêt TF 5A\_120/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1 et les réf. citées). Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1; arrêt 5A\_21/2012 du 3 mai 2012 consid. 3.3). Les parents doivent ainsi s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail (arrêt TF 5A\_513/2012 du 17 octobre 2012 consid. 5). De manière générale, on peut retenir que plus la situation financière est précaire, plus il apparaît justifié d'imputer un revenu hypothétique lors du calcul des contributions dues (BURGAT, Le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011). 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

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 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). cc) L'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, permet au parent débirentier de saisir le juge afin d'obtenir la modification ou la suppression de la contribution d'entretien fixée par le juge du divorce en faveur d'un enfant mineur. La modification ou la suppression de la pension suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent, notamment en matière de revenus, qui commandent une réglementation différente: la procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles intervenant chez les parents ou l'enfant (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1). Il en est ainsi, en particulier, lorsque le conjoint débiteur a de nouveaux enfants et, donc, de nouvelles charges. Dans ce cas, il y a lieu de tenir compte non seulement des nouvelles charges, mais également des nouvelles ressources (ATF 137 III 102 consid. 4.1.1). Le caractère notable de la modification alléguée se détermine in concreto, en fonction de chaque cas particulier, en comparant les situations

avant et après le changement de circonstances. Des comparaisons en pourcentages des revenus peuvent représenter un indice utile, mais ne dispensent pas le juge d'une analyse concrète du cas d'espèce (arrêt TF 5A\_93/2011 du 13 septembre 2011 consid. 6.1). Lorsqu'il admet que les conditions susmentionnées sont remplies, le juge doit alors fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent (ATF 137 III 604 consid. 4.1.2). c) aa) En l'espèce, il convient de déterminer le revenu et les charges de l'appelant qui sont contestés en appel. Au cours de la procédure, l'appelant a déclaré avoir été directeur de quatre restaurants de la chaîne M. \_\_\_\_\_ (p.-v. du 22.11.16, p. 2), puis avoir été responsable opérationnel dans une société de software de 1999 à fin 2004 et avoir gagné CHF 6'000.- bruts par mois (DO MPUC/53). En 2006, il a fait une maîtrise de gestion d'entreprise spécialisé dans opération management, dans une école privée en France (p.-v. du 22.11.16, p. 2). En 2008, il a retravaillé pendant six ou sept mois à M. \_\_\_\_\_ pour un revenu d'environ CHF 4'700.- bruts, car il n'a pas pu trouver un emploi sur la base de la maîtrise qu'il a obtenue (DO MPUC /53 et p.-v. du 22.11.16, p. 2). A N. \_\_\_\_\_, il lui aurait été indiqué qu'il était trop qualifié par rapport aux emplois qui étaient proposés. Il a alors travaillé comme consultant indépendant pour des sociétés au Moyen-Orient en gagnant entre CHF 4'000.- à CHF 5'000.- par mois, tout en restant à la maison (p.-v. du 22.11.16, p. 2). Ensuite, il a eu un contrat auprès de la société O. \_\_\_\_\_ Sàrl et percevait un revenu mensuel net de CHF 6'215.65 douze fois l'an jusqu'au mois de juillet 2015 (p.-v. du 22.11.16, p. 2 et décision attaquée, p. 8, ch. 8.2). Dès cette date et jusqu'à fin juin 2016, l'appelant était au chômage et recevait des indemnités journalières d'environ CHF 5'000.- net (appel, p. 4, ch. 2 et réponse à l'appel joint, p. 5, ch. 8). A partir du 1er juillet 2015, l'appelant affirme avoir exercé pendant quinze jours l'activité de chauffeur auprès de J. \_\_\_\_\_ à K. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_ et avait estimé son revenu mensuel net à environ CHF 3'000.- à CHF 3'500.-. Toutefois, il a décidé de mettre un terme à cette activité vu que cette société prélevait 30% des recettes et ne prenait pas en charge les frais liés à l'activité de chauffeur (réponse à l'appel joint, p. 5, ch. 9 et courrier du

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 21 novembre 2016). Entre le 5 septembre et le 19 octobre 2016, il a travaillé comme remplaçant chez P. \_\_\_\_\_, Q. \_\_\_\_\_, et a perçu un revenu de CHF 3'534.- (bordereau du 21.11.16, pce 1). Il a également cherché des mandats de création et maintenance de sites internet. Il a ainsi été mandaté par un magasin d'alimentation et a réalisé un revenu de CHF 1'000.- (courrier du 21.11.16, p. 2, ch. 3). A l'heure actuelle, l'appelant indique monter une société pour faire du transport individuel pour laquelle il doit obtenir une concession. Il compte travailler dans le secteur Fribourg et région et obtenir un revenu de CHF 5'000.- dès février ou mars 2017. En attendant, il fait des remplacements chez plusieurs personnes. Il a également en cours quelques contacts pour rester dans son secteur d'activité de formation, cela sur L. \_\_\_\_\_ et R. \_\_\_\_\_ (p.-v. du 22.11.16, p. 2). Dans sa détermination du 5 décembre 2016, il a soutenu que les projections de gain dont il a fait part lors de l'audience doivent être relativisées au regard de l'incertitude d'une activité nouvelle et indépendante qui n'a aucun lien avec sa formation. Il a également rappelé que dans le cadre de l'union conjugale, l'intimée avait une capacité contributive plus importante tandis que lui s'occupait majoritairement des enfants. Il ressort de ce qui précède que l'appelant a une formation supérieure, soit une maîtrise de gestion d'entreprise, et qu'il a travaillé dans son domaine d'activité. De même, il a des contacts en cours dans ce secteur d'activité. L'appelant fait également des remplacements en tant que chauffeur de taxi, il veut se mettre à son compte dans le secteur Fribourg et région et prévoit

un revenu de CHF 5'000.- dès février ou mars 2017. Selon le « Calculateur de salaire en ligne pour le canton de Fribourg » mis à disposition par le Service public de l'emploi du canton de Fribourg, une personne de 49 ans, pour un poste indépendant, sans fonction de cadre et ancienneté travaillant 42 heures par semaine est en mesure de réaliser un revenu mensuel brut, part au 13 comprise, sans les allocations familiales et pour enfants, oscillant entre CHF 5'670.- (25% des salariés), CHF 6'190.- (50% des salariés) et 8'670.- (25% des salariés). Il ressort également de ce même calculateur qu'une personne du même âge, sans fonction de cadre et sans ancienneté travaillant 42 heures par semaine est en mesure de réaliser un revenu de CHF 5'880.- (25% des salarié), CHF 6'550.- (50% des salariés) et CHF 7'420.- (25% des salariés). Compte tenu de ces montants calculés en octobre 2010, de leur pondération en raison de la baisse des prix à la consommation, de la formation de l'appelant, de son expérience et du fait qu'il exerce la garde alternée, le revenu hypothétique de CHF 6'000.- tel que fixé dans la décision attaquée doit être confirmé. La situation financière actuelle de l'appelant n'est pas durable car, selon ses propres dires, dès février/mars 2017 il recouvrira une pleine capacité contributive. Du reste il n'a pas procédé à une diminution de ses propres frais, conservant son véhicule de marque BMW X3 xDrive 20d acquis neuf le 24 juin 2014, pour lequel il paie chaque mois un leasing de CHF 860.70 et une assurance de CHF 137.-, soit CHF 977.70 par mois. Les charges mensuelles incompressibles de l'appelant peuvent être arrêtées à CHF 3'238.90 et sont composées des montants suivants: CHF 1'350.- pour le montant de base du minimum vital LP pour débiteur monoparental, CHF 889.- pour le loyer sans part des enfants (1'270.- moins 30 %), CHF 28.55 pour l'assurance-ménage (pce 4 sous bordereau du 21.11.16: 342.40/12), CHF 371.35 pour l'assurance-maladie + LCA 2017 (pce 7 sous bordereau du 21.11.16) et pour les frais professionnels un montant estimé à CHF 600.- (déplacements 300; repas: 300) paraît adéquat. Pour ces derniers, le montant de CHF 1'730.20 articulé dans l'appel (déplacement 410; leasing 860.70; assurance véhicule 137; repas 322.50; cf. appel p. 4 ch. 2) doit en effet être considéré comme exorbitant dans les circonstances de l'espèce. Quant à l'emprunt de CHF 15'500.-, il n'a pas été contracté durant la vie commune et ne sera pas pris en compte.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 Au vu de ce qui précède, le solde disponible de l'appelant s'élève à CHF 2'761.10 par mois. bb) Les revenus et les charges de l'intimée ne prêtent pas le flanc à la critique et ne sont d'ailleurs pas contestés dans le cadre de l'appel. le revenu mensuel net s'élève à CHF 5'347.75 part au 13e comprise. Ses charges sont arrêtées à CHF 2'618.35. Il en résulte un solde disponible de CHF 2'729.40. cc) Les frais des enfants n'ayant pas été calculés dans la décision attaquée, il convient de la compléter d'office. Le coût de l'enfant E. \_\_\_\_\_ (15 ans) en fonction des Tabelles zurichoises est le suivant: CHF 1'232.25 (75% de 1'643.-) - CHF 210.75 (75% de 281.- = frais de logement selon tabelles) + CHF 180.- (40% de 1'350.- loyer mère ÷ 3 enfants) - CHF 245.- (allocations familiales) - CHF 105.- (allocations employeur à 70% = taux activité de la mère) = CHF 851.50 Le coût de l'enfant F. \_\_\_\_\_ (12 ans) est le suivant: CHF 1'110.75 (75% de 1'481.-) - CHF 225.75 (75% de 301.- = frais de logement selon tabelles) + CHF 180.- (40% de 1'350.- loyer mère ÷ 3 enfants) + CHF 190.50 (30% de 1'270.- loyer du père ÷ 2 enfants) - CHF 245.- (allocations familiales) - CHF 105.- (allocations employeur à 70% = taux activité de la mère) = CHF 905.50. Le coût de l'enfant G. \_\_\_\_\_ (11 ans) est le suivant: CHF 1'110.75 (75% de 1'481.-) - CHF 225.75 (75% de 301.- = frais de logement selon tabelles) + CHF 180.- (40% de 1'350.- loyer mère ÷ 3 enfants) + CHF 190.50 (30% de 1'270.- loyer du père ÷ 2 enfants) - CHF 265.- (allocations familiales) - CHF 52.50 (allocations employeur à 70% = taux activité de la mère) = CHF 938.-. dd) Au vu de la

garde alternée, les parents doivent prendre en charge les frais des enfants F. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_, à raison d'une moitié chacun, soit de CHF 921.75 [(905.50 + 938.-) /2]. Le solde de l'appelant est ainsi réduit à CHF 1'839.35 (2'761.10 - 921.75) et celui de l'intimée à CHF 1'807.65 (2'729.40. - 921.75). Vu que leurs soldes sont quasi équivalents, les frais de l'enfant E. \_\_\_\_\_ devront également être pris en charge à raison d'une moitié chacun, soit de CHF 425.75 (851.50 / 2) arrondi à CHF 425.-. Ce montant sera assumé en nature par la mère tandis que le père versera une contribution d'entretien correspondante, les allocations familiales en sus. ee) En résumé, la situation du père sera la suivante: CHF 2'761.- (solde disponible) – 425.- (pension E. \_\_\_\_\_ – 452 (1/2 coût F. \_\_\_\_\_ en nature) – 469 (1/2 coût G. \_\_\_\_\_ en nature) = 1'415.-. La situation de la mère sera la suivante: CHF 2'729.- (solde disponible) + 1'037.- (allocations pour enfants) + 425.- pension E. \_\_\_\_\_ – 1'202.- (coût E. \_\_\_\_\_) – 803.- (coût F. \_\_\_\_\_) – 786.- (coût G. \_\_\_\_\_) = 1'400.-. Les soldes des parents après paiement des frais ou contributions d'entretien en faveur des enfants restant quasi les mêmes, les allocations pour F. \_\_\_\_\_ de CHF 350.- et pour G. \_\_\_\_\_ de CHF 317.50 seront directement versés à leur mère qui s'acquittera de leurs frais ordinaires (assurances-maladie, frais médicaux, frais vestimentaires, frais de transport) à hauteur de ces montants. Si les frais devaient dépasser ces montants, ils seront supportés par moitié par les deux

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 parents. Par contre, les frais extraordinaires tels les frais d'orthodontie et les voyages d'études devront être supportés par moitié par les parents. c) Au vu de ce qui précède, il convient de modifier la décision attaquée au sens des considérants.

#### **E. 5**

Dans le cadre de son appel, l'appelant conclut à ce que les frais et dépens de la première instance soient mis à la charge de l'intimée sans aucune motivation à l'appui. Celle-ci en fait de même dans le cadre de son appel joint. A défaut de motivation, leurs conclusions sont irrecevables. Toutefois, vu que la décision attaquée est réformée, il convient de statuer d'office sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Il ressort de la décision attaquée (p. 9 ch. 11) que le Tribunal civil a décidé selon la règle de la répartition en équité applicable aux litiges du droit de la famille (art. 107 al. 1 lit. c CPC) de mettre les frais judiciaires fixés à CHF 1'200.- à la charge des parties par moitié chacune et de leur faire supporter leurs propres dépens. Ce raisonnement peut être confirmé.

#### **E. 6**

Selon l'art. 106 al. 2 CPC, lorsque, comme en l'espèce, aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont généralement répartis selon le sort de la cause. Toutefois, l'art. 107 al. 1 CPC permet au juge de s'écarter de cette règle et de répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (let. c). Il ne résulte pas de cette disposition qu'il faudrait toujours répartir les frais par moitié dans une procédure matrimoniale: si celle-ci est litigieuse, il est conforme à la volonté du législateur et admissible de répartir les frais en fonction du gain ou de la perte du procès sur les effets accessoires (TF, arrêt 5A\_70/2013 du 11 juin 2013, consid. 6). En l'espèce, la cause relève précisément du droit de la famille et, surtout, vu le sort de l'appel, de l'appel joint et la situation des parties il se justifie que, pour la procédure de la deuxième instance, chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat qui seront prélevés sur l'avance de frais de l'appelant.

## E. 7

Pour la procédure d'appel, A. \_\_\_\_\_ a sollicité par lettre-requête du 21 novembre 2016 que lui soit accordée l'assistance judiciaire, exposant que sa situation financière ne lui permet pas d'assumer ni les frais de justice ni les honoraires de sa mandataire. L'art. 117 CPC prescrit qu'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 de ce qui a été relevé ci-avant que les ressources effectives actuelles – le revenu hypothétique ne pouvant être retenu en matière d'assistance judiciaire – et les charges du requérant, même sans celles liées au véhicule, ne lui laissent aucun disponible lui permettant de couvrir les opérations restantes de la procédure d'appel. Sa requête doit ainsi être admise en principe, avec effet dès son dépôt. Etant donné que sa part des frais judiciaires ne dépasse pas le montant de l'avance de frais versée lors de l'appel, l'assistance judiciaire ne sera accordée que pour la couverture des prestations de l'avocate de l'appelant désignée défenseur d'office. la Cour arrête:

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 I. 1. L'appel et l'appel joint sont partiellement admis. 2. Partant, les ch. IV et VI du dispositif de la décision du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 30 novembre 2015 sont modifiés et prennent désormais la teneur suivante: « III. L'autorité parentale sur les enfants E. \_\_\_\_\_, née en 2001, F. \_\_\_\_\_, née en 2004, et G. \_\_\_\_\_, né en 2005, continuera de s'exercer en commun. IV. 1. La garde des enfants F. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_ s'exerce de manière alternée entre les parents, à savoir, une semaine sur deux, du dimanche 15h30 au dimanche suivant 15h30. 2. La garde de E. \_\_\_\_\_ est confiée à sa mère. V. Le domicile des enfants E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_ est celui de leur mère. VI. 1. Les parents assument les frais relatifs à la garde des enfants F. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_. B. \_\_\_\_\_ bénéficie seule de la totalité des allocations familiales et employeur versées en faveur des enfants, à charge pour elle de payer à hauteur des dites allocations les frais ordinaires autres que ceux causés par l'exercice de la garde. Les frais extraordinaires tels qu'orthodontie, camps ou séjours à l'étranger seront pris en charge à raison de 50% par chacun des parents. 2. B. \_\_\_\_\_ assume l'entretien de E. \_\_\_\_\_. A. \_\_\_\_\_ est astreint au versement d'une contribution d'entretien en faveur de E. \_\_\_\_\_ de CHF 425.- par mois, les allocations familiales et employeur étant payables en sus, jusqu'à la majorité de l'enfant et au-delà de la majorité jusqu'au terme de la formation pour autant qu'elle s'achève dans des délais normaux. Cette contribution d'entretien est payable le premier de chaque mois et porte intérêt à 5% l'an dès chaque échéance. Elle sera indexée au coût de la vie, chaque année le 1er janvier, sur la base de l'indice suisse des prix à la consommation du mois de novembre de l'année précédente, dans la mesure où le revenu de A. \_\_\_\_\_ l'est également. » II. La requête d'assistance judiciaire de A. \_\_\_\_\_ est partiellement admise. Partant, Emilie Baitotti est désignée défenseur d'office de A. \_\_\_\_\_ avec effet dès le 21 novembre 2016. III. Chaque partie supporte la moitié des frais de justice, fixés à CHF 2'000.-, et ses propres dépens d'appel. IV. Communication. Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile, 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). Le recours motivé doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent sa notification.

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 Fribourg, le 23 décembre 2016/abj Président Greffière

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