

# FR\_GERICHTE 101 2019 182 vom 12. September 2019

FR Kantonsgericht, 2019-09-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2019\\_182](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2019_182)

FR: FR\_GERICHTE 101 2019 182 du 12 septembre 2019

IT: FR\_GERICHTE 101 2019 182 del 12 settembre 2019

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 10

août 2018, le Président du Tribunal civil de la Veveyse (ci-après : le Président) a provisoirement confié la garde de l'enfant à sa mère et fixé le droit de visite du père, à défaut d'entente contraire, une semaine sur deux du vendredi à 18.00 heures au lundi à 18.00 heures, et la semaine suivante du dimanche à 18.00 heures au mercredi à 18.00 heures, la mère assumant le trajet à l'aller et le père celui au retour. Le 18 octobre 2018, le mari a déposé une "requête de mesures urgentes" tendant à interdire à son épouse, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, de disposer de la ristourne d'impôts 2016 résultant des décomptes du 20 septembre 2018, les dépens étant réservés. Par décision du 19 octobre 2018, le Président a fait droit à ce chef de conclusions. Après avoir entendu les parties à son audience du 23 octobre 2018 et ordonné la production de documents complémentaires, le Président a rendu sa décision de mesures protectrices de l'union conjugale le 13 juin 2019. Il a notamment confié la garde de l'enfant à sa mère et réservé le droit de visite du père, qui à défaut d'entente contraire s'exercerait une semaine sur deux du vendredi à 18.00 heures au lundi à 18.00 heures, et la semaine suivante du dimanche à 18.00 heures au mercredi à 18.00 heures, ainsi qu'une semaine à Noël et à Pâques et deux semaines en été, la mère assumant le trajet à l'aller et le père celui au retour. Il a également constaté qu'en l'état, A. \_\_\_\_\_ n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien convenable de son fils, qui s'élève à CHF 792.50, et qu'aucun époux n'a les moyens de verser une pension à l'autre, et décidé que les allocations familiales et employeur sont dues à la mère. Enfin, il a interdit aux deux époux d'aliéner les biens en leur possession ou d'en disposer de quelque façon que ce soit sans l'autorisation du juge, sous réserve de l'entretien courant, et décidé que chacun supporterait ses propres dépens et la moitié des frais de justice, sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée à B. \_\_\_\_\_. B. Par mémoire du 25 juin 2019, posté le 27 juin 2019, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre la décision du 13 juin 2019. Il conclut, sous suite de frais d'appel, au prononcé d'une garde alternée à raison d'une semaine sur deux chez chaque parent, les trajets étant partagés entre eux, à la prise en charge de l'entretien de C. \_\_\_\_\_ par chaque parent lors de ses périodes de garde, la prime de caisse-maladie et la franchise/quote-part de l'enfant étant toutefois acquittées par le père qui conserve les allocations familiales, et à la constatation que la mère n'est en mesure de contribuer à l'entretien de son fils qu'à hauteur de CHF 418.15, "d'où un solde de frs 374.35 dû à titre d'entretien convenable" ; il demande aussi que l'interdiction d'aliéner soit complétée par l'interdiction faite à l'épouse, sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, de disposer de la ristourne d'impôts 2016 résultant des décomptes du 20 septembre 2018, et

que les frais et dépens de première instance soient répartis à raison de  $\frac{3}{4}$  à l'épouse, sous réserve de l'assistance judiciaire, et de  $\frac{1}{4}$  à lui-même. Dans sa réponse du 2 août 2019, B.\_\_\_\_\_ conclut au rejet de l'appel, sous suite de frais, ainsi qu'à la réforme de la décision attaquée en ce sens, d'une part, que les trajets pour le droit de visite sont assumés par le père et, d'autre part, que celui-ci est astreint à contribuer à l'entretien de son fils par le versement d'une pension mensuelle de CHF 700.-, plus allocations. Par mémoire séparé

Tribunal cantonal TC Page 3 de 11 du même jour, elle a en outre requis l'assistance judiciaire, que le Président de la Cour lui a octroyée par arrêt du 12 août 2019. Le 21 août 2019, l'appelant a déposé une réplique, dans laquelle il s'est déterminé sur les éléments avancés par son épouse dans la réponse à l'appel et a conclu à l'irrecevabilité de ses conclusions. Cette écriture a été complétée par courrier du 27 août 2019. en droit 1. 1.1. L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance, 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. a et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a 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 17 juin 2019. Déposé à la poste le 27 juin 2019, 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 de l'attribution de la garde sur un enfant mineur, 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. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel, sous réserve de ce qui suit. 1.2. L'art. 317 al. 2 CPC permet une modification des conclusions en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a et 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC). Pour déterminer ce qui constitue une "modification" au sens de cette disposition légale, il convient, vu le renvoi à l'art. 227 CPC, de se référer aux règles applicables en première instance ; ainsi, alors qu'une restriction des conclusions est admissible en tout état de cause (art. 227 al. 3 CPC), leur amplification, notamment (CR CPC – SCHWEIZER, 2ème éd. 2019, art. 227 n. 14), après l'ouverture des débats principaux est soumise à des conditions similaires à celles valables en appel selon l'art. 317 al. 2 CPC (art. 230 al. 1 CPC). En l'espèce, l'appelant conclut notamment à ce qu'interdiction soit faite à son épouse, sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, de disposer de la ristourne d'impôts 2016 résultant des décomptes du 20 septembre 2018. Or, il n'apparaît pas qu'il ait pris ce chef de conclusions en première instance dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale : s'il l'a certes formulé le 18 octobre 2018 dans le cadre d'une "requête de mesures urgentes", celle-ci n'était conçue que comme une requête de mesures provisionnelles, comme en atteste le fait qu'il ait été requis que les dépens soient réservés (DO/82 à 84), et le mari, qui avait déjà déposé sa réponse le 17 octobre 2018 sans évoquer ce point, ne semble pas avoir ensuite modifié ses conclusions. Dans ces conditions, compte tenu de l'absence d'invocation d'un fait nouveau en appel, l'ajout de ce chef de conclusions doit être considéré comme irrecevable. 1.3. Dans sa réponse à l'appel, par laquelle elle conclut au rejet de celui-ci, l'intimée demande une adaptation de la prise en charge des trajets liés au droit de visite, ainsi que l'octroi, à la charge du père, d'une contribution d'entretien de CHF 700.- en faveur de C.\_\_\_\_\_. L'appelant conclut à l'irrecevabilité de ces conclusions.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 11 Le premier juge a attribué la garde de l'enfant à la mère, avec un large droit de visite en faveur du père, les trajets étant partagés entre les parents. Il a aussi constaté que la situation financière du père ne lui permettait pas, en l'état, de contribuer à l'entretien convenable de son fils. B. \_\_\_\_\_ n'a pas interjeté appel contre cette décision, de sorte que l'on doit partir de l'idée qu'elle s'en est satisfaite. Quant à A. \_\_\_\_\_, il conteste l'attribution de la garde à la mère, demandant une garde alternée à raison d'une semaine sur deux à chaque parent, les trajets étant partagés, et sollicite des précisions s'agissant de la répartition du manco du coût d'entretien de son fils, sans toutefois s'en prendre à l'absence de contribution d'entretien de part et d'autre. L'intimée conclut au rejet de ces conclusions, ce qui implique qu'elle demande le maintien du statu quo s'agissant de la prise en charge de l'enfant. En parallèle, elle sollicite cependant que le père assume tous les trajets et verse pour C. \_\_\_\_\_ une pension mensuelle de CHF 700.-. Or, quand bien même les questions relatives aux enfants mineurs sont soumises aux maximes d'office et inquisitoire (art. 296 al. 1 et 3 CPC), l'épouse qui n'a pas interjeté appel – et qui ne peut déclarer un appel joint en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC) – ne saurait profiter du dépôt de sa réponse pour critiquer des points de la décision qu'elle a elle-même renoncé à attaquer et que l'appelant ne remet pas en cause en soi : l'effet dévolutif de l'appel, qui permet à l'instance supérieure de revoir la décision querellée, est limité aux points attaqués, ce que ne sont pas, en l'espèce, la prise en charge des trajets lors de l'échange de l'enfant et l'absence de contribution d'entretien pour celui-ci. Du reste, en première instance, l'intimée a allégué que son mari devait gagner environ CHF 3'500.- par mois (DO/6) et, après que celui-ci a indiqué réaliser un revenu mensuel de CHF 2'750.- à CHF 3'000.- (DO/67 à 69), elle n'a pas contesté cette affirmation. Il paraît dès lors tardif d'avancer au stade de la réponse à l'appel, alors qu'elle a renoncé à interjeter appel de son côté, que son époux "est en mesure de percevoir un revenu mensuel net global ascendant à Fr. 4'150.-" (réponse, p. 12). Compte tenu de ce qui précède, les conclusions prises par l'intimée dans la réponse à l'appel – autres que celles tendant au rejet de celui-ci – sont irrecevables. Cela étant, compte tenu de l'application de la maxime d'office, la Cour peut examiner d'elle-même si les dispositions prises concernant l'enfant mineur sont conformes à son bien-être. Dans ce cadre, elle pourra notamment tenir compte de la motivation développée par l'intimée dans sa réponse.

1.4. La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures protectrices (art. 271 CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant d'une question concernant un enfant mineur, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

1.5. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC).

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'objet de l'appel et le fait que tous les éléments nécessaires à son traitement se trouvent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner une audience.

2. L'appelant conteste l'attribution de la garde à la mère avec, pour lui, un droit de visite s'exerçant trois jours par semaine, en alternance du vendredi soir au lundi soir et du dimanche soir au mercredi soir. Il demande que soit prononcée une garde alternée, dans le cadre de laquelle chaque parent aurait son fils une semaine sur deux, l'échange ayant lieu le mercredi soir et les trajets étant partagés.

2.1. En présence d'un litige relatif à la garde d'un enfant, la règle fondamentale est l'intérêt de ce dernier, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères

Tribunal cantonal TC Page 5 de 11 essentiels, outre l'intérêt de l'enfant, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, 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 plus apte à 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 capacités d'éducation et de soin des parents sont pour le reste similaires (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3). 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, qui constitue la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Le juge doit donc évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver 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 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. 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, comme du 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. Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisse 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. Ainsi, 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. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation. (ATF 142 III 617 consid. 3.2.2 et 3.2.3). 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 115 II 317 consid. 2 et 3 ; arrêts TF 5A\_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.2 et 5A\_976/2014 du 30 juillet 2015 consid. 2.4). 2.2. En l'espèce, le premier juge a considéré que, depuis l'ordonnance du 3 août 2018, l'enfant a passé trois jours par semaine chez son père et le reste du temps avec sa mère, et que ce système semble fonctionner du point de vue pratique, malgré de grandes difficultés de communication entre les parents et un certain mal-être de leur fils, qui paraît triste lorsqu'il passe d'un parent à l'autre, cette situation pouvant cependant être liée aux vives tensions existant entre eux-ci.

Constatant

Tribunal cantonal TC Page 6 de 11 une incapacité des parties de collaborer, mais leur respect de l'ordonnance précitée, ainsi que le besoin de stabilité de C.\_\_\_\_\_, il a dès lors décidé de maintenir "l'exercice du droit de visite" instauré au début de la procédure (décision attaquée, p. 6 à 8). 2.3. L'appelant lui reproche, d'une part, d'avoir qualifié le système mis en place de garde à la mère avec un droit de visite en sa faveur, alors que, dans les faits, son fils passe 3 jours par semaine chez lui, ce qui constitue une garde alternée. Indépendamment de la valeur symbolique de l'appellation, cette inexactitude risquerait de lui porter préjudice dans une future procédure de divorce, de même qu'elle impliquerait un calcul faussé de la répartition de l'entretien de l'enfant, le premier juge ayant raisonné comme si C.\_\_\_\_\_ était exclusivement pris en charge par sa mère (appel, p. 4 s.). D'autre part, il fait valoir que la réglementation décidée par le Président, même si elle a été appliquée avec succès depuis plusieurs mois, n'est pas opportune. Outre le fait qu'elle a été fixée alors qu'il avait un emploi – qu'il n'a plus à l'heure actuelle – chaque jeudi et vendredi, elle implique de nombreux déplacements pour l'enfant et a pour conséquence que celui-ci, une semaine sur deux, ne voit pas son père pendant 6 jours, alors que la semaine suivante ce n'est que durant 2 jours. De plus, l'appelant est bloqué dans l'organisation d'un week-end sans l'enfant, notamment pour ses concerts professionnels. Par conséquent, le père estime plus adéquat de prévoir un système de garde alternée à raison d'une semaine chez chaque parent, ce qui contribuerait à renforcer le critère de la stabilité invoqué par le premier juge (appel, p. 5 s.). 2.4. Selon la jurisprudence, la garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales ; constitue une telle situation celle où l'un des parents a les enfants 3 jours par semaine et un week-end (14 jours au total) par mois, et l'autre le restant du temps (arrêt TF 5A\_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2 et 3). En l'espèce, il faut concéder à l'appelant qu'en ayant son fils 3 jours par semaine, soit 12 jours par mois, sa proportion de jours de prise en charge se rapproche fortement d'une garde alternée. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher la question, dès lors que les conditions pour instaurer formellement une garde alternée ne semblent de toute façon pas réunies. En effet, comme le premier juge l'a retenu, les deux époux ont déclaré lors de leur audition le 23 octobre 2018 qu'ils ne parvenaient pas à discuter pour organiser la prise en charge de C.\_\_\_\_\_, que chaque détail était sujet à des disputes (DO/93-94). A voir l'ampleur du dossier d'appel, la situation ne paraît pas avoir évolué favorablement entre-temps, dans la mesure où même l'organisation des trajets pour l'échange de l'enfant continue à poser problème plus d'une année après la séparation. Vu cette mésentente, l'attribution de la garde à l'un des parents avec un large droit de visite pour l'autre est la solution à privilégier. De plus, la prise en charge de C.\_\_\_\_\_ décidée par le Président a été appliquée dans les faits depuis août 2018 et il semble que cette solution fonctionne plus ou moins. Dès lors qu'il convient autant que possible d'éviter à des enfants, surtout en bas âge, des changements rapprochés de leur rythme de vie, il paraît conforme à son bien-être de maintenir la répartition des jours de garde qu'il connaît depuis plus d'un an. Celle-ci a certes pour conséquence qu'une semaine sur deux, l'enfant est séparé de son père durant 6 jours, mais d'un autre côté, la semaine suivante, il ne passe que 2 jours avec sa mère et le reste du temps avec l'appelant. Par ailleurs, le père voit son fils chaque semaine au moins 3 jours. Or, vu le jeune âge de l'enfant, cet enchaînement paraît plus propice à la construction et au maintien d'un lien fort avec son père que le fait de passer une semaine sur deux avec ce dernier, puis d'être éloigné de lui une semaine entière. Enfin, une semaine sur deux, l'appelant est libre

tout le week-end jusqu'au dimanche à 18.00 heures, ce qui paraît lui laisser la disponibilité d'organiser ses impératifs professionnels.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 11 Vu ce qui précède, la Cour ne saurait retenir que le premier juge aurait méconnu les intérêts de C. \_\_\_\_\_ en attribuant sa garde à sa mère et en réservant en faveur du père un droit de visite s'exerçant 3 jours par semaine. L'appel doit être rejeté sur cette question. En outre, il est précisé que le domicile de l'enfant est bien chez sa mère, qui a la garde, contrairement à ce qui est soutenu dans l'appel (p. 15). 2.5. Dans sa réponse, l'intimée fait valoir qu'il n'est pas opportun de lui imposer d'accomplir les trajets aller lors de l'échange de l'enfant, dans la mesure où elle doit les effectuer en transports publics alors que son mari dispose d'un véhicule. Elle estime que le premier juge aurait dû s'en tenir à la règle selon laquelle les trajets sont à la charge du parent visiteur (réponse, p. 7). Si la doctrine estime que c'est en principe le parent non gardien qui doit aller chercher l'enfant et le ramener lors des visites (CPra Matrimonial – DE WECK-IMMELÉ, 2016, art. 176 CC n. 222), le Tribunal fédéral reconnaît au juge du fait un large pouvoir d'appréciation en la matière, relevant notamment que l'accomplissement de l'un des trajets par le parent gardien est de nature à rassurer l'enfant (arrêt TF 5A\_448/2008 du 2 octobre 2008 consid. 5.2). Or en l'espèce, vu la tristesse que semble manifester C. \_\_\_\_\_ lors du passage d'un parent à l'autre, la solution retenue par le Président va dans le sens de l'arrêt susmentionné. Par ailleurs, bien que l'épouse ne possède pas de véhicule, il ne semble pas déraisonnable de lui demander d'accomplir une fois par semaine un trajet en bus de 30 minutes (pièce 6) pour aller amener son fils au père à D. \_\_\_\_\_, ce dernier se déplaçant aussi en partie. Dans ces conditions, il n'y a pas matière à intervenir d'office pour régler différemment la prise en charge des trajets lors du droit de visite. 3. L'appelant s'en prend aussi à l'absence de précisions quant à la répartition du coût de C. \_\_\_\_\_, qui selon la décision attaquée ne peut être couvert entièrement par les parents. 3.1. L'art. 285 al. 1 CC prévoit, dans sa nouvelle teneur depuis le 1er janvier 2017, que la contribution en faveur de l'enfant doit correspondre aux besoins de celui-ci ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant. Ces différents critères étaient déjà prévus auparavant et les principes appliqués restent valables pour la mise en œuvre du nouveau droit. Ainsi, les critères mentionnés exercent une influence réciproque les uns sur les autres, sans méthode spécifique ni priorisation de l'un d'eux ; par ailleurs, celui des parents dont la capacité financière est supérieure est tenu, suivant les circonstances, de subvenir à l'entier du besoin en argent si l'autre remplit son obligation à l'égard de l'enfant essentiellement en nature. La nouveauté essentielle de la révision est mentionnée à l'art. 285 al. 2 CC, selon lequel la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. Cela signifie qu'aux coûts directs générés par l'enfant – tels que logement, caisse-maladie, nourriture, loisirs... – viennent maintenant s'ajouter les coûts indirects de sa prise en charge, ce qui implique de garantir, économiquement parlant, que le parent qui assure la prise en charge puisse subvenir à ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant. Ainsi, la contribution de prise en charge doit inclure en principe les frais de subsistance dudit parent. En pratique, si le parent qui s'occupe essentiellement de l'enfant n'a pas de revenu, on calculera ses frais de subsistance sur la base de son minimum vital du droit des poursuites, lequel pourra, le cas échéant, être augmenté en fonction des circonstances du cas d'espèce ; si les deux parents exercent une activité lucrative, le calcul de la contribution de prise en charge se fera sur la base du montant qui, selon les cas, manque à un parent pour couvrir ses propres frais de subsistance (ATF 144 III 177 consid. 7.1.2.2 ; arrêt TC FR 101 2016 317 du 27 mars 2017 consid. 3a in

RFJ 2017 41).

Tribunal cantonal TC Page 8 de 11 3.2. En l'espèce, le premier juge a retenu que chaque parent gagne CHF 2'750.- net par mois et qu'après déduction des charges, le père a un disponible de CHF 44.- et la mère un solde de CHF 235.-. Il a dès lors considéré que A.\_\_\_\_\_ n'est pas, en l'état, en mesure de contribuer à l'entretien de son fils (décision attaquée, p. 14). L'appelant fait valoir qu'il assume la prime et la franchise de caisse-maladie de son enfant et, en outre, critique les charges de son épouse prises en compte. Il ajoute que le manco ne saurait être mis à sa charge, mais à celle de l'intimée (appel, p. 7 à 15). De son côté, cette dernière fait valoir que l'établissement de sa situation financière est correcte mais qu'il convient, en revanche, d'imputer à son mari un revenu hypothétique et de l'astreindre à verser pour l'enfant une contribution d'entretien de CHF 700.- par mois. 3.3. Selon la jurisprudence, s'il faut en principe, pour déterminer le revenu des époux, partir de leurs gains effectifs, le juge peut également prendre en considération un revenu hypothétique, dans la mesure où l'une des parties pourrait gagner davantage qu'elle ne gagne effectivement en faisant preuve de bonne volonté ou en fournissant l'effort qu'on peut raisonnablement exiger d'elle ; il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 143 III 233 consid. 3.2 et 137 III 118 consid. 2.3). Le juge doit examiner successivement deux conditions : d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de la personne qu'elle exerce une activité lucrative, eu égard notamment à sa formation, son âge et son état de santé, en ne pouvant se contenter de dire à cet égard de manière générale qu'elle pourrait gagner plus en travaillant, mais en devant préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut 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 (arrêt TF 5A\_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.1). Si le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement accorder à la personne concernée un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation ; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas particulier (arrêt TF 5A\_454/2017 du 17 mai 2018 consid. 6.1.1 non publié aux ATF 144 III 377). Cependant, si l'un des époux diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêt TF 5A\_571/2018 du

#### **E. 14**

septembre 2018 consid. 5.1.2) et, en cas d'intention de nuire, même si la réduction du revenu est irrémédiable (ATF 143 III 233 consid. 3.4). En l'espèce, l'appelant est âgé de 54 ans et il exerce, à titre indépendant, la profession de musicien. Selon la décision querellée, qui analyse les nombreuses pièces produites et les déclarations des époux, il gagne un revenu similaire à celui de son épouse, également musicienne, soit CHF 2'750.- par mois. L'intimée ne critique pas en soi ce raisonnement, mais soutient que son mari a abandonné un emploi de professeur à temps partiel, qui lui rapportait CHF 1'400.- par mois (réponse, p. 11 s.). Cependant, il ressort du courrier de l'Ecole E.\_\_\_\_\_ du 31 août 2018 (pièce 14 du bordereau de première instance du mari) qu'il n'a occupé cet emploi que durant un mois et que, s'il a certes démissionné, il aurait selon toute vraisemblance, à défaut, été licencié, puisque le courrier indique : "Nous vous confirmons que vos compétences en gestion de

classe et relation pédagogique font défaut pour vous permettre d'enseigner dans un établissement scolaire, contrairement à vos dires lors de l'entretien d'embauche". Dans ces circonstances, il ne saurait être reproché au mari d'avoir volontairement diminué ses revenus. Au surplus, vu son âge et son domaine d'activité, il paraît difficile d'exiger de lui qu'il augmente ses ressources à court terme. Certes, s'il changeait de profession, même pour un emploi moins qualifié

Tribunal cantonal TC Page 9 de 11 à plein temps, il pourrait éventuellement gagner quelques centaines de francs supplémentaires. Il semblerait toutefois précipité d'attendre de lui qu'il chamboule son existence au stade des mesures protectrices de l'union conjugale, ce d'autant qu'il garde son fils 3 jours par semaine. Dès lors, à l'heure actuelle, il sera tenu compte de ses revenus effectifs. Sur cette base, le père dispose, selon la décision litigieuse, d'un faible solde mensuel de CHF 44.-. Ses critiques à ce sujet (appel, p. 9 et 13), qui reposent sur le postulat qu'une garde alternée sera instaurée, ne peuvent être que rejetées. En outre, avec un tel solde, on voit mal comment l'appelant pourrait acquitter les frais de santé de son fils. Il conviendra au contraire de décider (infra, consid. 3.5) que ce poste sera assumé par la mère, qui est détentrice de la garde. 3.4. S'agissant de l'épouse, le premier juge a retenu parmi ses charges un loyer de CHF 650.-, dont à déduire la part de l'enfant, ainsi que des montants de CHF 165.- pour ses frais d'activité indépendante, de CHF 190.- à titre de remboursement d'un prêt étudiante contracté à F. \_\_\_\_\_, et de CHF 70.- pour les frais de téléphone, TV et connexion internet. L'appelant critique d'abord le montant du loyer, faisant valoir que les charges, retenues à hauteur de CHF 150.- par mois en sus du loyer net de CHF 500.-, sont exagérées (appel, p. 9 à 11). Toutefois, on doit lui objecter que des frais de logement de CHF 650.- par mois ne sont nullement critiquables. Il n'y a, de plus, pas matière à revoir la déduction de 20 % de ce coût à titre de part au loyer de l'enfant, qui correspond à la pratique. En revanche, le mari a raison lorsqu'il conteste la prise en charge des autres charges énumérées ci-avant (appel, p. 11 à 13). Les frais d'activité indépendante sont censés être inclus dans la comptabilité de l'intimée, qui a allégué un revenu net de CHF 2'750.- par mois (DO/5). Au demeurant, un tel poste n'a pas été compté séparément pour le mari, qui est également indépendant. Quant au remboursement du prêt étudiante, il doit céder le pas aux obligations alimentaires, au vu de la situation financière serrée de la famille (ATF 127 III 289 consid. 2a/bb ; arrêt TF 5A\_923/2012 du 15 mars 2013, consid. 3.1). Il en va de même des frais de téléphone, TV et internet, qui sont en principe inclus dans le minimum vital de base (ATF 126 III 353 consid. 1a/bb ; arrêt TC FR 101 2018 379 du 29 avril 2019 consid. 3.3.1). Vu les corrections apportées ci-dessus aux charges de l'épouse, son disponible mensuel déterminant s'élève à CHF 660.-. 3.5. Le père ayant son fils 12 jours par mois, soit 40 % du temps, il supporte des frais de nourriture et d'habillement de CHF 104.- (40 % x CHF 260.- environ pour ces postes selon la décision attaquée). Il n'est pas en mesure d'assumer complètement ce montant avec son solde de CHF 44.-, d'où un déficit de CHF 60.- par mois. Quant à la mère, elle est censée supporter le reste du coût de son fils, soit CHF 688.50 (CHF 792.50 [montant non contesté en soi] selon la décision – CHF 104.- théoriquement à la charge du père), après imputation des allocations et y compris la prime de caisse-maladie. Elle ne parvient juste pas à le faire avec son solde de CHF 660.-, laissant un manco de CHF 28.50. Il doit donc être constaté qu'il manque la somme de CHF 88.50 pour assurer l'entretien convenable de C. \_\_\_\_\_, dont CHF 28.50 à la charge de l'intimée et CHF 60.- à celle de l'appelant. En effet, la mère assumant déjà un coût de CHF 660.-, soit plus du 80 % de l'entretien de l'enfant, il n'y a pas de raison de mettre encore à sa charge l'entier du déficit. Celle-ci recevra les allocations

familiales et paiera l'ensemble des frais liés à l'enfant, hormis la nourriture et l'habillement qui concernent les périodes où l'enfant est avec son père, étant précisé qu'un montant de CHF 100.- a été compté dans les charges de celui-ci pour les frais d'exercice du droit de visite. Sur cette question, il s'ensuit l'admission partielle de l'appel.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 11 4. L'appelant conclut encore à ce que les frais et dépens de première instance, que le premier juge a compensés, soient répartis à hauteur de  $\frac{3}{4}$  à la charge de son épouse et de  $\frac{1}{4}$  à lui-même. 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 des parties 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 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, le Président a considéré que chaque conjoint succombait en partie, l'épouse s'agissant du versement d'une contribution d'entretien de la part de son mari et ce dernier quant à la mise en œuvre d'une garde alternée (décision attaquée, p. 16). Dans son appel, A.\_\_\_\_\_ n'élève aucun grief de nature à faire apparaître ce raisonnement comme erroné. En particulier, l'attribution de la garde à la mère est confirmée, de même que l'étendue du droit de visite du père et l'absence de contribution d'entretien due par ce dernier, réduit au minimum vital. Dans ces conditions, la décision sur les frais peut être confirmée. L'appel est rejeté sur cette question. 5. En appel, le mari succombe sur la question principale de la garde, tandis qu'il a partiellement gain de cause quant aux précisions à apporter sur la répartition du coût d'entretien de son fils. De son côté, l'intimée a pris des conclusions irrecevables et son grief lié à l'imputation d'un revenu hypothétique à son époux est rejeté. Dans ces circonstances, il se justifie que chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais de justice dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-, sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée à B.\_\_\_\_\_. Les frais judiciaires seront prélevés à concurrence de CHF 600.- sur l'avance versée par A.\_\_\_\_\_, le solde lui étant restitué (art. 111 al. 1 et 3 CPC), et la part afférente à l'épouse sera prise en charge par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire. la Cour arrête : I. L'appel est partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité. Partant, le chiffre V de la décision prononcée le 13 juin 2019 par le Président du Tribunal civil de la Veveyse est réformé comme suit : V. L'entretien convenable de C.\_\_\_\_\_ s'élève mensuellement à CHF 792.50. La mère reçoit les allocations familiales et patronales et assume l'entier de ce coût, à l'exception des frais de nourriture et d'habillement lorsque l'enfant est chez son père, évalués à CHF 104.-, qui sont à la charge de ce dernier. Il est constaté qu'en l'état, il manque un montant mensuel de CHF 88.50 pour assurer l'entretien convenable de C.\_\_\_\_\_, dont CHF 60.- à la charge de son père et CHF 28.50 à celle de sa mère. Pour le surplus, les chiffres III, IV, VIII et IX de cette décision sont confirmés.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 11 II. Sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée à B.\_\_\_\_\_, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-. Les frais de justice seront prélevés à concurrence de CHF 600.- sur l'avance versée par A.\_\_\_\_\_, le solde lui étant restitué, et les CHF 600.- afférents à l'épouse seront pris en charge par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire. III. 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 12 septembre 2019/lfa Le Président : Le Greffier-rapporteur :

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