



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

101 2018 340  
101 2018 342

## **Arrêt du 22 mars 2019**

### **1<sup>e</sup> Cour d'appel civil**

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser  
Greffière-rapporteuse : Cornelia Thalmann El Bachary

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **requérante, appelante et intimée**, représentée par  
Me Fabien Morand, avocat

contre

**B.**\_\_\_\_\_, **requérant, intimé et appellant**, représenté par  
Me Sébastien Bossel, avocat

#### **Objet**

Mesures protectrices de l'union conjugale – attribution de la garde  
des enfants; pension en faveur de l'épouse

Appels du 5 novembre 2018 contre la décision du Président du  
Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère du 22 octobre 2018

## considérant en fait

A. A.\_\_\_\_\_, née en 1985, et B.\_\_\_\_\_, né en 1980, se sont mariés en 2009. Deux enfants sont issus de leur union: C.\_\_\_\_\_, née en 2010, et D.\_\_\_\_\_, né en 2013.

Suite à la séparation des époux fin juillet 2018, les enfants sont restés auprès de leur père, à E.\_\_\_\_\_. La mère s'est quant à elle constitué un nouveau domicile à F.\_\_\_\_\_.

B. Par mémoires du 21 août 2018, les époux ont chacun déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale auprès du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère (ci-après: le Président). Ils ont notamment requis l'attribution de la garde des enfants et la fixation d'un droit de visite pour l'autre parent, A.\_\_\_\_\_ concluant encore à ce que B.\_\_\_\_\_ contribue à l'entretien de chaque enfant. S'agissant d'une éventuelle pension en faveur du conjoint, les deux époux ont pris une conclusion similaire, soit qu'il est constaté que B.\_\_\_\_\_ ne peut subvenir à l'entretien de A.\_\_\_\_\_ (conclusion épouse), respectivement qu'il est constaté que le disponible du mari ne lui permet pas de contribuer à l'entretien de son épouse (conclusion époux).

Le 14 septembre 2018, les conjoints ont été auditionnés par le Président. Ils ont alors réglé le droit de visite de la mère jusqu'au 2 novembre 2018; par contre, aucun accord n'a pu être trouvé pour les autres points litigieux. L'enfant C.\_\_\_\_\_ a pour sa part été entendue le 24 septembre 2018.

Le 22 octobre 2018, le Président a rendu la décision suivante:

1. [...]
2. *Le domicile conjugal, sis G.\_\_\_\_\_, à E.\_\_\_\_\_, est attribué à B.\_\_\_\_\_ à compter du 28 juillet 2018. A compter de cette date, il en assume seul l'entier des charges.  
Il est pris acte que A.\_\_\_\_\_ s'est déjà constitué un domicile séparé.*
3. *La garde et l'entretien des enfants C.\_\_\_\_\_, née en 2010, et D.\_\_\_\_\_, né en 2013, sont confiés à A.\_\_\_\_\_.*
4. *Le droit de visite de B.\_\_\_\_\_ sur les enfants C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ s'exercera d'entente entre les parties.  
A défaut d'entente, il s'exercera comme suit:*
  - *un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00;*
  - *une semaine durant les vacances scolaires de Noël;*
  - *une semaine durant les vacances scolaires de Pâques;*
  - *une semaine durant les vacances scolaires d'automne;*
  - *deux semaines durant les vacances scolaires d'été, les dates auxquelles B.\_\_\_\_\_ exercera son droit devant être communiquées à A.\_\_\_\_\_ jusqu'à la fin du mois de février précédent; à défaut, A.\_\_\_\_\_ pourra décider en priorité de la date de ses propres vacances avec les enfants.*
5. a) *A compter de l'entrée en force du présent jugement, respectivement dès que les enfants seront à nouveau placés sous la garde de leur mère, au cas où ces dates ne coïncideraient pas, B.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement, en mains de leur mère, de la pension mensuelle de CHF 969.30 en faveur de D.\_\_\_\_\_ et de CHF 1'040.30 en faveur de C.\_\_\_\_\_, les éventuelles allocations familiales versées en sus. Etant précisé qu'actuellement, A.\_\_\_\_\_ perçoit des allocations familiales de CHF 245.- par enfant. Les pensions précitées sont dues jusqu'au 31 juillet 2019 compris.*

*L'entretien convenable des enfants est fixé à CHF 1'160.50 pour C. \_\_\_\_\_ et à CHF 969.30 pour D. \_\_\_\_\_, ce jusqu'au 31 juillet 2019.*

*Dès le 1<sup>er</sup> août 2019, B. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement, en mains de leur mère, de la pension mensuelle de CHF 650.- en faveur de D. \_\_\_\_\_ et de CHF 650.- en faveur de C. \_\_\_\_\_, les éventuelles allocations familiales versées en sus, pensions couvrant leur entretien convenable.*

b) [...]

c) [...]

6. *Il est constaté que B. \_\_\_\_\_ ne peut subvenir à l'entretien de A. \_\_\_\_\_.*

7. *Les montants cités au chiffre 5a ci-dessus sont payables d'avance le premier de chaque mois et porteront intérêts à 5 % l'an. Ils sont indexables, chaque année au mois de janvier, sur la base de l'indice suisse des prix à la consommation du mois de novembre de l'année précédente, pour autant que les revenus de B. \_\_\_\_\_ soient adaptés dans la même proportion. L'indice de base est celui en vigueur à la date de l'entrée en force du présent jugement.*

8. [...]

9. *Chaque partie assume la moitié des frais de justice et ses propres dépens, sous réserve de l'assistance judiciaire.*

[...]

C. Le 5 novembre 2018, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont interjeté appel contre cette décision.

A. \_\_\_\_\_ conclut, sous suite de frais, à l'admission de l'appel et à la réforme des chiffres 6 et 9 du dispositif. Principalement, elle conclut à ce que B. \_\_\_\_\_ soit astreint à lui verser une contribution d'entretien de CHF 580.- par mois dès le 1<sup>er</sup> août 2019 et à ce que cette pension soit payable d'avance le premier de chaque mois, qu'elle porte intérêt à 5% l'an dès chaque échéance et qu'elle soit indexée à l'indice suisse des prix à la consommation. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation du chiffre 6 et au renvoi de la cause au Président pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Enfin, elle conclut à ce que les frais de la première instance soient mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ et à ce que ses dépens soient fixés au montant de CHF 10'045.95, TVA en sus par CHF 773.20. Dans sa réponse du 6 décembre 2018, B. \_\_\_\_\_ conclut au rejet de cet appel, sous suite de frais.

Pour sa part, B. \_\_\_\_\_ a sollicité que l'exécution de la décision du 22 octobre 2018 soit suspendue, les enfants devant demeurer chez lui pour la durée de la procédure d'appel, ce à quoi A. \_\_\_\_\_ s'est opposée le 19 novembre 2018. Sur le fond, il conclut, également sous suite de frais, à la modification des chiffres 3 et 4 du dispositif en ce sens que la garde des enfants dont il assumera l'entretien lui soit confiée et qu'un large droit de visite soit réservé à A. \_\_\_\_\_, ce dernier s'exerçant d'entente entre les parties ou, à défaut d'entente, un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, du mardi à 11h30 au mercredi à 17h00, une semaine durant les vacances scolaires d'automne, une semaine durant les vacances scolaires de Noël, une semaine durant les vacances scolaires de Pâques et deux semaines durant les vacances scolaires d'été. Il conclut en outre à la suppression des chiffres 5a (contribution d'entretien en faveur des enfants) et 7 (indexation de la pension pour les enfants). Dans sa réponse du 6 décembre 2018, A. \_\_\_\_\_ conclut au rejet de cet appel, sous suite de frais.

Par courrier du 24 décembre 2018, B. \_\_\_\_\_ a déposé une détermination spontanée, avec production d'une pièce, et a informé la Cour que les parties ont entamé des discussions afin de tenter de régler à l'amiable le litige les opposant. En janvier 2019, les parties ont indiqué que les pourparlers n'ont pas abouti et que la procédure peut être poursuivie.

D. Par arrêts du 20 novembre 2018 (101 2018 341 et 348), la Juge déléguée de la Cour a admis les requêtes d'assistance judiciaire déposées par les parties.

Le 22 novembre 2018 (101 2018 343), elle a en outre admis partiellement la requête d'effet suspensif, le caractère exécutoire des chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision du 22 octobre 2018 étant suspendu et les relations personnelles entre A. \_\_\_\_\_ et ses enfants ayant, pour la durée de la procédure d'appel, lieu d'entente entre les parties et, à défaut d'entente, selon les modalités suivantes: chaque mardi à 17h00 jusqu'au mercredi à 17h00 et un week-end sur deux du vendredi à 17h00 au dimanche à 17h00, ainsi qu'une semaine durant les vacances scolaires de Noël et une semaine durant les vacances scolaires de Pâques.

## en droit

1.
  - 1.1. Les appels sont interjetés contre la même décision et concernent les mêmes parties. Il convient dès lors de joindre les deux causes (101 2018 340 et 101 2018 342) en application de l'art. 125 let. c CPC.
  - 1.2. L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 CPC).
  - L'appel de A. \_\_\_\_\_ porte sur la pension qu'elle réclame pour elle-même ainsi que sur la répartition des frais de première instance, de sorte qu'il est de nature pécuniaire et susceptible d'appel, les frais en jeu en première instance dépassant à eux seuls le montant de CHF 10'000.-. B. \_\_\_\_\_ remet quant à lui en cause en particulier l'attribution de la garde des enfants et le droit aux relations personnelles, soit deux aspects qui ne sont pas de nature pécuniaire, de sorte que son appel est également recevable.
  - 1.3. Le délai d'appel est de 10 jours (art. 271 let. a CPC et 176 CC). En l'occurrence, ce délai a été respecté, la décision attaquée ayant été notifiée aux mandataires des parties le 25 octobre 2018 (DO/57 s.) et les appels déposés le 5 novembre 2018.
  - 1.4. 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).
  - 1.5. Aux termes de l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'audition des époux (14 septembre 2018) et de l'enfant C. \_\_\_\_\_ (24 septembre 2018) en première instance, comme le fait que toutes les pièces utiles au traitement des appels figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.
  - 1.6. Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel, 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). Toutefois, selon la jurisprudence la plus récente (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1), lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée; dès lors, les parties peuvent présenter des *nova* en appel

même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies. En l'occurrence, les pièces produites nouvellement en appel par les deux parties sont recevables.

2.

2.1. Dans un premier point, l'appelant reproche au Président d'avoir attribué la garde des enfants C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ à la mère.

2.1.1. En substance, il soutient qu'il serait erroné d'affirmer qu'il n'a pas encore trouvé de solution adéquate pour assurer cette garde. Il aurait exposé être en train de se renseigner tout azimut et envisager toutes les solutions pour offrir les meilleures conditions de vie à ses enfants, soit une garde par une tierce personne – solution qui ne serait finalement pas viable – ou par son père ou sa sœur et l'époux de cette dernière. A l'appui de son appel, il produit une attestation de son père, selon laquelle celui-ci serait disponible pour assurer la garde des enfants le jeudi, pendant qu'il exerce son activité lucrative. Il serait également faux de retenir que les motifs qu'il a avancés à l'appui de son refus de laisser partir les enfants avec leur mère le 19 août 2018 étaient injustifiés, force étant au contraire de constater qu'il ne voulait pas empêcher cette dernière d'entretenir des relations personnelles avec ses enfants. L'appelant reproche encore au premier juge d'avoir pris une décision qui va à l'encontre de la volonté librement exprimée de C. \_\_\_\_\_, qui a déclaré vouloir rester avec son père à E. \_\_\_\_\_ « *parce qu'il y a l'école et qu'à l'école il y a tous [s]es amis* », et qui a ajouté qu'avec son frère, ils préféreraient les jeux de Lego et qu'ils les faisaient uniquement chez leur père. Enfin, le Président n'aurait pas tenu compte de la différence entre les domiciles des parents, alors qu'il s'agit d'un point pertinent pour déterminer lequel de ces lieux de vie sera à même de favoriser l'épanouissement des enfants.

2.1.2. Le Président a considéré que les deux parents sont aptes à s'occuper des enfants, chacun ayant confirmé les capacités éducatives de l'autre, que la mère qui s'occupait durant la vie commune des enfants était plus disponible dans la mesure où elle n'exerce une activité lucrative qu'à 30%, et ce principalement lorsque les enfants sont à l'école, alors que le père, selon ses propres dires, reprendra une activité à un taux de 80% après sa reconversion professionnelle afin de s'occuper des enfants, que le père n'a pour l'heure pas encore trouvé de solution adéquate pour s'occuper de ses enfants lorsqu'il travaille, et qu'en ce qui concerne la capacité des parents à coopérer avec l'autre dans l'éducation des enfants, les deux parties se sont engagées à favoriser le contact des enfants avec l'autre parent, mais que le père a, le 19 août 2018, refusé que la mère reparte avec les enfants et ce pour des motifs objectivement non justifiés. En outre, le Président a retenu qu'il ressort du rapport d'audition de C. \_\_\_\_\_ que celle-ci ne voudrait pas plus habiter avec sa maman qu'avec son papa, mais qu'elle préférerait rester avec son papa car tous ses amis se trouvent dans le village, qu'elle a encore déclaré qu'il lui est facile de se faire des amis et qu'elle s'entend bien avec sa maman, son papa ainsi qu'avec l'ami de sa maman (cf. décision attaquée, p. 5 ss).

2.1.3. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la règle fondamentale pour attribuer la garde est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent. Il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Lorsque le père et la mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'un enfant en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement. 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 soins des parents sont similaires. Pour apprécier ces critères, le juge du fait dispose d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt TF 5A\_847/2015 du 2 mars 2016 consid. 5.2.3 et réf. citées).

Toujours selon la jurisprudence, l'audition de l'enfant ne présuppose pas que ce dernier ait atteint un âge qui lui permette d'avoir la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant – qui est en principe possible dès qu'il a 6 ans révolus – vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (arrêt TF 5A\_512/2017 du 22 décembre 2017 consid. 3.2). En général, il y a lieu de partir de l'idée que, s'agissant par exemple de la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de 12 ans (arrêt TF 5A\_354/2015 du 3 août 2015 consid. 3.1).

2.1.4. En l'occurrence, les parties ne contestent pas que les parents ont des capacités éducatives équivalentes et que la relation entre père/mère et enfants est bonne. C. \_\_\_\_\_ a également indiqué qu'elle s'entend bien avec ses deux parents ainsi qu'avec l'ami de sa mère. Les deux parties se sont engagées à favoriser les contacts avec l'autre parent. Le fait que le Président a retenu qu'à une reprise, l'appelant aurait refusé de manière injustifiée que la mère reparte avec ses enfants, n'est pas déterminant pour l'issue de ce litige. L'appelant ne remet au demeurant pas en cause la capacité de la mère à favoriser les contacts avec l'autre parent et rien au dossier ne permet de penser qu'elle ne l'aurait pas. Ainsi, il convient de donner la préférence dans l'attribution de la garde à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour s'occuper des enfants personnellement, dès lors que rien au dossier n'indique que la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des enfants des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel serait remise en cause auprès de l'un des parents. Aucune des parties ne le soutient d'ailleurs et le fait que l'appelant dispose d'un appartement qui offrirait des conditions matérielles plus adaptées à l'épanouissement de jeunes enfants n'est pas déterminant, étant précisé que le logement de la mère n'est pas inadapté pour des enfants de 9 et 6 ans. S'agissant du critère de la disponibilité, l'appelant ne conteste pas que la mère qui travaille à 30%, respectivement à 50% dès le 1<sup>er</sup> août 2019, a plus de temps à disposition pour s'occuper personnellement des enfants que lui-même qui souhaite reprendre une activité lucrative à 80%. Il ne conteste pas non plus le constat du premier juge selon lequel la mère s'est occupée principalement des enfants durant la vie commune. C'est donc à juste titre que le Président a attribué la garde des enfants à la mère, ceci même en tenant compte du fait que C. \_\_\_\_\_, âgée de moins de 9 ans au moment de l'audition, a déclaré préférer habiter auprès de son père pour pouvoir continuer à aller à l'école qu'elle connaît et garder les mêmes amis. En effet, si les déclarations que la fillette a faites le 24 septembre 2018 constituent des renseignements supplémentaires, il ne faut pas perdre de vue son très jeune âge. Elle a d'ailleurs également déclaré qu'elle ne voudrait pas davantage habiter avec sa maman qu'avec son papa. Le choix de rester auprès de son père est en réalité et pour l'essentiel déterminé par son souhait – compréhensible – de garder ses amis de l'école (« *Si mes copains de E. \_\_\_\_\_ étaient à l'école de F. \_\_\_\_\_ je préférerais aller à F. \_\_\_\_\_* », DO/27), argument discuté, mais jugé – à juste titre – non déterminant par le Président pour la présente cause, l'enfant ayant au demeurant indiqué qu'il lui est facile de se faire de nouveaux amis (« (...) *Par exemple je vais simplement à la place de jeux et je me fais 3 amis* », DO/27).

Dans ces conditions, le Président n'a pas outrepassé son large pouvoir d'appréciation, de sorte que l'appel se révèle infondé sur ce point.

2.2. Ce qui précède scelle le sort de la conclusion tendant à la fixation de relations personnelles entre la mère et ses enfants.

2.3. L'appelant s'en prend encore à l'établissement de sa situation financière, soutenant qu'un montant mensuel de CHF 100.- aurait dû être ajouté à ses charges pour le chauffage (bois) et que le revenu hypothétique qu'il conviendrait de retenir après achèvement de sa formation devrait être fixé à un montant se situant entre CHF 4'800.- et CHF 5'000.- (au lieu des CHF 6'000.- retenus). En lien semble-t-il avec sa situation financière, il soutient en outre que le coût d'entretien des enfants s'élève à CHF 635.- par enfant, après déduction des allocations familiales, *« pour autant bien-sûr qu'ils soient domiciliés chez leur père, étant précisé que le même calcul devrait être opéré si la garde est attribuée à l'intimée »*.

Or, l'appelant ne prend aucune conclusion – ni principalement, ni à tout le moins subsidiairement – en relation avec ce qui précède, respectivement en modification des contributions d'entretien fixées en faveur des enfants, se contentant de conclure à la suppression des chiffres 5a (contribution d'entretien en faveur des enfants) et 7 (indexation de la pension pour les enfants), comme conséquence de sa conclusion tendant à l'attribution de la garde des enfants. Il n'expose pas non plus, dans la motivation de son appel, les conséquences qu'il entend tirer de ces griefs, de sorte que l'on ne comprend pas où il veut en venir précisément. Dans ces conditions, l'appel doit être déclaré irrecevable sur ce point.

Cela étant, même recevable, l'appel aurait été infondé. S'agissant tout d'abord des charges mensuelles retenues pour l'appelant, le montant de CHF 3'539.10 ne prête pas le flanc à la critique. En effet, même si le tribunal établit les faits d'office (art. 272 CPC), cela ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure, sachant qu'il se prononce sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (not. arrêt TF 5A\_855/2017 du 11 avril 2018 consid. 4.3.2). Or, l'appelant n'a pas allégué avant l'audience du 14 septembre 2018 (p.ex. requête de mesures protectrices de l'union conjugale, requête d'assistance judiciaire, déterminations) qu'il devait supporter des frais de chauffage. Lors de l'audience du 14 septembre 2018, il a évoqué, alors qu'il était question d'un autre sujet (description de l'appartement en relation avec la garde des enfants), qu'il chauffe au bois. Dans le délai imparti à l'issue de l'audition pour produire les pièces attestant de ses charges, il a uniquement requis l'audition de la personne qui le fournit en combustible, précisant que le chauffage lui coûte CHF 100.- par mois. Dans ces conditions et compte tenu du large pouvoir d'appréciation du premier juge, il n'y a pas lieu de réformer sa décision sur ce point, ce d'autant moins qu'il a également renoncé à exiger de l'appelant qu'il prenne à bail un appartement plus petit (actuellement 4.5 pièces pour CHF 1'800.-/mois). S'agissant ensuite du revenu hypothétique, le montant de CHF 6'000.- dès le 1<sup>er</sup> août 2019 est conforme à ce que l'appelant a déclaré lors de l'audience du 14 septembre 2018 (DO/7), ce qui suffit en soi déjà à sceller le sort de ce grief. Par ailleurs, l'appelant se contente d'affirmer, sans un début de démonstration, qu'il ne sera pas en mesure, le moment venu, de réaliser le salaire hypothétique retenu. Ceci dit, même en retenant un revenu hypothétique de CHF 5'000.-, au lieu de CHF 6'000.-, il sera en mesure de s'acquitter des contributions d'entretien en faveur de ses enfants par CHF 650.- chacun; il ne prétend d'ailleurs pas le contraire. Enfin, la décision du premier juge ne prête pas le flanc à la critique non plus s'agissant de l'établissement de l'entretien convenable des enfants. Contrairement à ce que semble soutenir l'appelant, la jurisprudence du Tribunal fédéral à laquelle il se réfère (ATF 144 III 377 consid. 7) retient la « méthode des frais de subsistance » pour calculer le coût de la prise en charge des enfants, et non pas pour calculer l'entretien convenable des

enfants, étant rappelé que figurent dans les éléments de l'entretien convenable de l'enfant les coûts directs et les coûts indirects; les coûts directs générés par l'enfant peuvent être évalués selon plusieurs méthodes, le juge pouvant avoir recours aux tabelles zurichoises, mais aussi se référer au minimum vital du droit des poursuites (ATF 134 III 577 consid. 4).

2.4. Au vu de ce qui précède, l'appel de B. \_\_\_\_\_ est rejeté pour autant que recevable.

3.

3.1. L'appelante remet tout d'abord en cause l'absence de pension en sa faveur (chiffre 6 du dispositif). Elle expose que les parties étaient certes d'accord, en première instance, sur le fait que l'époux ne peut pas contribuer à son entretien, mais que cette conclusion repose sur des vices.

D'une part, le Président a imputé des revenus hypothétiques aux deux parties à compter du 1<sup>er</sup> août 2019, ce qui était, selon l'appelante, imprévisible au moment de la prise de conclusions par les parties. Ce fait nouveau résulterait de la décision attaquée, de sorte qu'elle est en droit de revenir sur sa conclusion. A partir du 1<sup>er</sup> août 2019, une fois que son époux aura versé les contributions d'entretien en faveur des enfants, il bénéficiera d'un solde de CHF 1'164.20, sans avoir à subvenir à son entretien, alors qu'elle se retrouve avec un solde nul. En imputant des revenus hypothétiques à chacun des parents, le Président aurait violé son droit d'être entendu en omettant de lui donner l'occasion de se déterminer et de déposer, cas échéant, de nouvelles conclusions. L'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_384/2018 du 21 septembre 2018 consid. 4.7.6, sur lequel se fonde le Président pour lui imputer un revenu hypothétique, a été rendu après la clôture des débats, respectivement après le début des délibérations. L'appelante ne pouvait dès lors pas s'attendre à l'application d'une telle jurisprudence. Quant au revenu hypothétique imputé à son époux, il n'en a jamais été question de la part de l'appelante, de sorte qu'elle ne pouvait pas envisager l'imputation d'un revenu plus élevé. Subsidiairement, elle invoque l'erreur pour invalider la convention. Aux yeux des parties, il était évident que l'entier de leurs revenus actuels serait affecté à l'entretien de tous les membres de la famille et que, une fois les charges payées, il subsisterait non pas un disponible, mais un déficit que devrait assumer seule l'appelante.

D'autre part, l'appelante soutient que le chiffre 6 du dispositif contient une constatation qui fait suite à des conclusions constatatoires. Or, de telles conclusions requièrent un intérêt important et immédiat à la constatation, ce que les parties n'ont jamais allégué ni démontré. Selon l'appelante, cette omission doit conduire à l'annulation du chiffre 6.

3.1.1. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait. De manière générale, en vertu de la règle "*iura novit curia*", le juge n'a ainsi pas à soumettre à la discussion des parties les principes juridiques sur lesquels il va fonder son jugement. Il peut appliquer d'office une disposition de droit matériel, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème juridique. Selon la jurisprudence, les parties doivent cependant être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence (arrêt TF 5A\_571/2018 du 14 septembre 2018 consid. 3.1).

Contrairement à ce que pense l'appelante, on ne se trouve pas, en l'espèce, dans la situation spéciale décrite ci-dessus. Lors de la fixation de la pension en faveur du conjoint, le juge doit déterminer la capacité contributive de chaque époux. S'il doit en principe tenir compte de leurs



revenus effectifs, il peut leur imputer un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement. Le principe même de l'imputation d'un revenu hypothétique, à savoir si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné qu'il exerce une activité lucrative eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit usuelle dont on ne voit pas en quoi elle aurait été inédite au point de nécessiter une interpellation spécifique de l'appelante (arrêt TF 5A\_571/2018 du 14 septembre 2018 consid. 3.2 et réf. citées). Rien d'autre ne prévaut lorsque les parents ne sont pas en mesure de couvrir l'entretien convenable de leurs enfants mineurs. Au contraire, les exigences à l'égard des parents sont encore plus élevées (arrêt TF 5A\_280/2016 du 18 novembre 2016 consid. 4.1.1 et réf. citées). Le fait qu'elle n'a pas invoqué un revenu hypothétique à imputer à son conjoint est dès lors sans pertinence.

Il en va de même s'agissant du fait que la jurisprudence citée par le premier juge n'a été rendue qu'après le début des délibérations. En principe, une nouvelle jurisprudence doit s'appliquer immédiatement et à toutes les affaires pendantes au moment où elle est adoptée ou futures (arrêt TF 5A\_931/2017 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.1.3). Par ailleurs, le changement du droit de l'entretien de l'enfant est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2017 et le Conseil fédéral a expressément préconisé un réexamen de la jurisprudence du Tribunal fédéral établissant la règle 10/16 pour mieux différencier les situations concrètes, en fonction notamment du bien de l'enfant (cf. Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse [entretien de l'enfant], FF 2013 511, 558). En outre, la 1<sup>re</sup> Cour d'appel civil a, par arrêt du 12 décembre 2017 publié à la RFJ 2017 231, retenu que dès que le plus jeune enfant entre à l'école primaire (3H/1P), le taux de travail raisonnablement exigible du parent gardien est d'environ 30-50%. Comme sous l'ancien régime du Tribunal fédéral, la Cour a considéré qu'il convenait d'examiner, pour chaque cas d'espèce, s'il y a lieu de s'écarter en tout ou partie de cette ligne. Dans le canton de Fribourg, les enfants entrent en général à l'école primaire lorsqu'ils sont âgés de six ans. En l'occurrence, le plus jeune enfant des parties est né en mars 2013, de sorte qu'il aura six ans révolus le 31 juillet 2019, moment à partir duquel la première instance a imputé un revenu hypothétique à l'appelante. Cette dernière devait ainsi s'attendre à ce que le Président examine la question d'un éventuel revenu hypothétique. Elle a d'ailleurs expressément déclaré qu'elle pouvait trouver un travail complémentaire si celui-ci s'accorde avec les horaires scolaires (cf. DO/20 au verso).

3.1.2. L'argument de l'erreur dans laquelle l'appelante se serait trouvée au moment de la prise de conclusions tombe également à faux.

Les parties ont pris des conclusions convergentes et n'ont pas conclu de convention (extra-) judiciaire qu'une erreur serait susceptible d'invalidier. Par ailleurs, au stade de l'appel, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et lorsque la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC). Comme exposé ci-devant, l'appelante se réfère à une question de droit à laquelle elle n'a pas pensé lorsqu'elle a formulé ses conclusions et non pas à des faits nouveaux. Une modification de la conclusion relative à une éventuelle pension pour elle-même est d'emblée exclue à ce stade de la procédure. Il est encore relevé que la question d'une éventuelle contribution d'entretien pour époux est soumise à la maxime de disposition, de sorte qu'un examen d'office de la question n'entre pas non plus en considération. L'appel doit ainsi être déclaré irrecevable sur ce point.

Cela étant, même à supposer que les parties aient conclu une convention, l'appelante ne saurait être suivie. Au même titre que les parties peuvent conclure une convention réglant les effets accessoires du divorce soumise à ratification, il leur est loisible de prévoir par convention leurs obligations réciproques dans le cadre de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce (ATF 142 III 518 consid. 2.5). Le tribunal ratifie la convention

après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable. La ratification de la convention peut être remise en cause dans le cadre d'un appel ou d'un recours, selon la valeur du litige, pour violation de l'art. 279 al. 1 CPC, et non seulement pour vices du consentement comme cela est le cas de la décision sur le prononcé du divorce lui-même (art. 289 CPC) (arrêt TF 5A\_74/2014 du 5 août 2014 consid. 2 et réf. citées). Avant de ratifier la convention, le juge doit s'assurer en particulier que les époux l'ont conclue de leur plein gré (art. 279 al. 1 CPC), c'est-à-dire qu'ils ont formé librement leur volonté et qu'ils l'ont communiquée librement. Cette condition présuppose qu'ils n'ont conclu leur convention ni sous l'empire d'une erreur (art. 23 ss CO), ni sous l'emprise du dol (art. 28 CO) ou de la menace (art. 29 s. CO). Elle n'oblige toutefois pas le juge à rechercher des vices du consentement cachés, la maxime des débats étant applicable. L'erreur qui constitue un obstacle à la ratification est l'erreur essentielle au sens de l'art. 23 CO. Est dans l'erreur celui qui a une fausse représentation d'un fait. L'absence de représentation d'un fait, à savoir l'ignorance de celui-ci, y est assimilée. Dans le domaine des transactions judiciaires et extrajudiciaires, les art. 23 ss CO s'appliquent avec des restrictions. La transaction a pour but de mettre définitivement fin au litige et aux incertitudes existantes moyennant des concessions réciproques. Elle est précisément conclue pour éviter un examen complet des faits et de leur portée juridique. Ainsi, l'erreur sur un point douteux qui a été réglé par la transaction et qui l'a été de manière définitive selon la volonté des parties ne peut être prise en considération. En raison de la nature de la transaction, une contestation ultérieure pour cause d'erreur sur les points contestés et incertains au moment de la conclusion est exclue lorsque ceux-ci sont avérés plus tard, car sans cela on remettrait en cause précisément les questions qui avaient déterminé les intéressés à transiger. S'agissant des conventions relatives aux effets accessoires du divorce, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'erreur entachant la convention ne doit être prise en considération que lorsque les parties se sont fondées sur un état de fait déterminé qui s'est révélé inexact par la suite ou lorsque l'une d'elles a tenu par erreur, connue de l'autre, un fait déterminé comme établi. L'erreur doit ainsi toujours concerner un fait que les parties considéraient comme donné. En revanche, l'erreur portant sur un point qui a précisément fait l'objet de la transaction, c'est-à-dire l'erreur sur l'objet même de la transaction ne peut être invoquée. En effet, la transaction a été conclue précisément pour régler une question incertaine, soit en raison de l'état de fait lui-même, soit en raison de l'application du droit. Même si cette question devait se résoudre par la suite, elle ne saurait conduire à l'annulation de la transaction pour cause d'erreur puisque, précisément, la transaction avait pour but de renoncer à résoudre cette question (arrêt TF 5A\_187/2013 du 4 octobre 2013 consid. 7.1). Or, l'appelante n'invoque en l'espèce pas une erreur sur des faits, mais bien une mauvaise appréciation juridique de la situation. Ne se fondant pas sur un état de fait déterminé, qui s'est révélé inexact par la suite, il ne peut être tenu compte de l'erreur dont elle se prévaut. Ainsi, même s'il s'agissait d'une convention que le premier juge aurait ratifiée, l'appel se révélerait infondé et devrait être rejeté.

3.1.3. Enfin, l'appelante soutient que les parties n'ont jamais allégué ni démontré un intérêt important et immédiat à la constatation, pourtant indispensable pour que le juge puisse faire droit à des conclusions constatatoires.

L'appelante peut difficilement être suivie sur ce point. Chaque partie était assistée d'un mandataire professionnel et elles ont pris des conclusions convergentes. A la lecture de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par l'appelante, on comprend qu'elle a estimé que son conjoint n'a pas les moyens financiers de s'acquitter d'une pension en sa faveur et qu'elle a accepté qu'elle n'en recevrait pas. Alors qu'elle aurait par exemple pu exiger que l'on retienne un revenu hypothétique ou prendre cas échéant des conclusions subsidiaires, elle y a expressément

renoncé. En raison du principe de disposition, le Président n'était pour sa part pas tenu d'interpeller les parties à ce sujet. L'appel doit ainsi être rejeté sur ce point également.

3.1.4. Indépendamment des griefs que fait valoir l'appelante, il convient encore de constater ce qui suit: le principe et le montant de la contribution d'entretien due entre conjoints selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC se déterminent non seulement en fonction des facultés économiques, mais également des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. Quelle que soit la méthode appliquée, le train de vie mené jusqu'à la cessation de la vie commune constitue la limite supérieure du droit à l'entretien. La méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent est considérée comme conforme au droit fédéral, en particulier en cas de situation financière moyenne, et tant que dure le mariage, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet de faire bénéficier l'intéressé d'un niveau de vie supérieur à celui mené durant la vie commune (arrêt TF 5A\_587/2018 du 23 octobre 2018 consid. 3.1 et réf. citées).

Les conjoints n'ont donc pas droit à la participation d'une augmentation de revenus de l'autre intervenant après la séparation, lorsque le train de vie mené durant la vie commune est couvert. En l'occurrence, le minimum vital de l'appelante est garanti avec l'imputation des revenus hypothétiques aux deux parties. L'appelante n'allègue ni ne démontre que le train de vie mené durant le mariage était supérieur à son minimum vital qui est assuré par la contribution de prise en charge des enfants, de sorte qu'elle n'aurait quoi qu'il en soit pas droit à la participation par moitié à un éventuel excédent de l'intimé.

3.2. Dans un dernier point, l'appelante s'en prend à l'attribution des frais de première instance et souhaite les faire supporter en intégralité par son époux.

Lorsque les parties ont décidé de se séparer en juillet 2018, elles auraient convenu que l'appelante aurait la garde des enfants et que ceux-ci seraient scolarisés dans sa commune. A la mi-août 2018, l'intimé aurait subitement changé d'avis. Elle aurait donc été contrainte d'intenter la présente procédure. La décision prise par le Président heurterait également le sentiment d'équité dans la mesure où elle a été contrainte à la procédure à l'issue de laquelle elle a obtenu entièrement gain de cause, mais doit supporter la moitié des frais alors que la décision attaquée lui laisse supporter l'intégralité du déficit du couple, le minimum vital du débirentier devant être préservé.

L'appelante ne peut être suivie sur ce point non plus. Elle ne saurait reprocher à son époux de revendiquer la garde sur leurs enfants communs, même si, dans un premier temps, il était d'accord de la lui confier. En outre, le fait qu'elle est amenée à supporter le déficit du couple correspond à la jurisprudence bien établie depuis des années. Ce principe a fait l'objet de plusieurs réexamens qui ont, à chaque fois, conduit à sa confirmation. Le Tribunal fédéral vient d'ailleurs de le confirmer pour le nouveau droit de l'entretien de l'enfant (arrêt TF destiné à publication 5A\_553/2018, 5A\_554/2018 du 2 octobre 2018 consid. 6.4 s.). Cette situation ne saurait ainsi justifier une répartition différente des frais. Enfin et contrairement à ce que soutient l'appelante, le Tribunal fédéral ne s'est pas définitivement prononcé sur le rapport entre les art. 106 et 107 CPC dans l'ATF 139 III 358 (arrêt TF 5A\_321/2014 du 20 août 2014 consid. 2.3.2). Il est vrai que la règle est que les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Le tribunal est toutefois libre de s'écarter de cette règle et de les répartir selon sa libre appréciation dans les hypothèses prévues par l'art. 107 CPC, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC); il n'est ainsi pas exclu, dans ce type de procédure, que la partie qui obtient gain de cause soit condamnée à supporter des frais. Statuant dans ce cadre selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), l'autorité cantonale dispose d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt TF 5A\_767/2016 du 30 janvier 2017 consid. 5.3).

En l'occurrence, les parties ont chacune introduit une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale en prenant des conclusions convergentes s'agissant de la séparation, de l'attribution du logement familial et d'une contribution d'entretien en faveur de l'épouse. Etaient ainsi litigieuses la question de la garde des enfants et, par ricochet, celle d'une éventuelle contribution d'entretien à payer par le père, la mère n'étant indépendamment de l'issue de la procédure pas en mesure d'en verser une. Au final, la garde a été attribuée à la mère. La réglementation du sort des enfants relève incontestablement du droit de la famille au sens de l'art. 107 al. 1 let. c CPC, contrairement à ce qui peut, par exemple, être le cas pour la liquidation du régime matrimonial (arrêt TF 5A\_737/2016 du 27 mars 2017 consid. 2.4).

Dans ces circonstances, le Président n'a pas outrepassé son large pouvoir d'appréciation. L'appel doit ainsi être rejeté sur ce point également et la décision attaquée confirmée.

4.

Aucune des parties n'ayant eu gain de cause, il se justifie, sous réserve de l'assistance judiciaire, de mettre les frais judiciaires de la procédure d'appel, fixés globalement à CHF 1'500.-, à la charge des parties à raison de la moitié chacune et de ne pas allouer de dépens (cf. art. 106 CPC).

#### **la Cour arrête :**

- I. Les causes 101 2018 340 et 101 2018 342 sont jointes.
- II. L'appel déposé par A. \_\_\_\_\_ est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.
- III. L'appel déposé par B. \_\_\_\_\_ est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.
- IV. Partant, la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère du 22 octobre 2018 est confirmée.
- V. Les frais judiciaires de la procédure d'appel sont fixés à CHF 1'500.- et mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ à raison de la moitié chacun, sous réserve de l'assistance judiciaire accordée.
- VI. Il n'est pas alloué de dépens.
- VII. 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 22 mars 2019/cth*

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :