



**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 361

101 2018 362

## **Arrêt du 15 janvier 2019**

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

#### **Composition**

Président :

Jérôme Delabays

Juges :

Dina Beti, Sandra Wohlhauser

Greffière :

Claire Duguet

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **requérant et recourant**, représenté par Me Nicolas Charrière, avocat

dans la cause qui l'oppose à

**B.**\_\_\_\_\_, représentée par Me Ridha Ajmi, avocat

#### **Objet**

Recours assistance judiciaire

Recours du 19 novembre 2018 contre la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Glâne du 7 novembre 2018

Requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours

## considérant en fait

A.

A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont mariés depuis 2014 et ont trois enfants, soit C. \_\_\_\_\_, née en 2013, et D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ nées en 2015.

Les époux sont séparés depuis le 1er août 2018 et une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale les oppose devant le Président du tribunal civil de l'arrondissement de la Glâne (ci-après : le Président du tribunal). B. \_\_\_\_\_ est restée avec les trois filles au domicile conjugal, A. \_\_\_\_\_ allant vivre chez son père. Dans sa réponse du 6 septembre 2018, il a conclu à ce qu'il soit libéré de toute contribution d'entretien envers ses enfants. Il a précisé avoir travaillé jusqu'au 31 juillet 2018 pour un revenu de l'ordre de CHF 4'000.- nets par mois, s'être depuis inscrit au chômage et espérer toucher des indemnités mensuelles avoisinant les CHF 3'350.-. Il a indiqué vivre chez son père, à qui il verse CHF 600.- par mois, et chercher un appartement dont le loyer peut être estimé à CHF 1'500.-.

Le 9 octobre 2018, les parties, chacune assistée de son avocat, ont comparu devant le Président du tribunal. Elles ont passé un accord portant sur la période du 1<sup>er</sup> août 2018 au 31 mars 2019, durant laquelle A. \_\_\_\_\_ s'est engagé à verser pour chacune de ses filles une contribution mensuelle de CHF 400.-. Un droit de visite a été convenu un samedi ou un dimanche alterné.

Cet accord a été ratifié le même jour par le Président du tribunal, qui a fixé une audience le 19 mars 2019 pour réexaminer la situation.

Par décision du 9 octobre 2018 également, le Président du tribunal a accordé l'assistance judiciaire à chaque partie pour la procédure de mesures protectrices.

B. Le 5 novembre 2018, A. \_\_\_\_\_ a déposé devant le Président du tribunal une requête de modification et de complément des mesures protectrices, concluant à la suppression de toute contribution envers ses enfants à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2018, date à partir de laquelle il est devenu locataire d'un appartement de 3 ½ pièces à F. \_\_\_\_\_ pour un loyer, avec acomptes de charges, de CHF 1'520.-. Il a en outre requis que son droit de visite soit modifié dans le sens qu'il puisse accueillir ses enfants un week-end entier sur deux. Il a enfin demandé l'instauration d'une curatelle éducative, à ce qu'il puisse emporter ses effets personnels, et à ce qu'interdiction soit faite à son épouse d'aliéner ou de détruire un quelconque bien en sa possession.

Il a requis que l'assistance judiciaire lui soit également accordée pour la procédure de modification.

C. Le 7 novembre 2018, le Président du tribunal a rejeté la demande d'assistance judiciaire. En bref, il a considéré que les parties avaient le 9 octobre 2018 volontairement limité la portée de leur accord à six mois, et que le père s'est engagé alors en toute connaissance de cause à verser une pension à ses enfants pour une durée limitée. Il bénéficie d'un droit de visite, et rien n'établit au surplus que son épouse refuserait de lui restituer ses effets personnels. Il a considéré que la requête de modification était dépourvue de toute chance de succès, de sorte qu'elle ne devait pas être couverte par l'assistance judiciaire.

D. Le 19 novembre 2018, A. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision du 7 novembre 2018, concluant principalement à l'admission de sa requête et subsidiairement au renvoi du dossier au Président du tribunal pour nouvelle décision. Il a sollicité l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

Le Président du tribunal a transmis le dossier le 28 novembre 2018. A titre de détermination sur le recours, il s'est référé à un courrier adressé le jour-même au recourant.

Invitée à déposer une éventuelle détermination, B. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet du recours le 10 décembre 2018.

## en droit

### 1.

1.1. La décision refusant le bénéfice de l'assistance judiciaire peut faire l'objet d'un recours (art. 121 CPC) dans les 10 jours dès sa notification (art. 321 al. 2 CPC), vu la procédure sommaire applicable (art. 119 al. 3 CPC). En l'espèce, la décision attaquée, datée du 7 novembre 2018, a été notifiée au mandataire du recourant le 8 novembre 2018. Déposé le lundi 19 novembre 2018, le mémoire de recours a dès lors été interjeté en temps utile. Il est de plus dûment motivé et doté de conclusions.

1.2. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière en droit; s'agissant des faits, elle est en revanche limitée à leur constatation manifestement inexacte (art. 320 CPC). Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

1.3. Le refus de l'assistance judiciaire constitue une décision incidente susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (cf. ATF 133 IV 335 consid. 4). En vertu du principe de l'unité de la procédure, la voie de recours ouverte contre une telle décision est déterminée par le litige principal (ATF 137 III 261 consid. 1.4); la requête de modification tendant notamment à une nouvelle organisation du droit de visite, la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est dès lors ouverte (art. 72 LTF).

1.4. En application de l'art. 327 al. 2 CPC, l'instance de recours peut statuer sur pièces, sans tenir audience.

### 2.

2.1. Le Président du tribunal a accordé à A. \_\_\_\_\_ par décision du 9 octobre 2018 l'assistance judiciaire pour « *la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale qui l'oppose à sa femme B. \_\_\_\_\_.* » (DO 000120). Les opérations en lien avec la requête de modification du 5 novembre 2018 entrent manifestement dans le cadre de « *la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale* » qui oppose les époux A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_, qui n'est toujours pas close nonobstant l'accord du 9 octobre 2018 (cf. consid. 2.3 *infra*), et étaient ainsi en soi couvertes par la décision du 9 octobre 2018. La décision querellée constitue en réalité une décision de retrait partiel de l'assistance judiciaire – ou de restriction de son étendue – ce qui n'est pas inconcevable si l'acte de procédure envisagé devait être dépourvu de chance de succès au sens de l'art. 117 al. 2 CPC soit, selon une jurisprudence fédérale bien établie, si les perspectives de gagner sont notablement plus faibles que les risques de perdre (ATF 138 III 217 consid. 2.2.4). Est déterminante la question de savoir si une partie qui disposerait des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans cette démarche procédurale après une analyse raisonnable. Une partie ne doit pas pouvoir mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (not. ATF 133 III 614 consid. 5).

2.2. En l'occurrence, pour le Président du tribunal, la procédure de modification de la convention est dépourvue de toute chance de succès au sens de l'art. 117 CPC au motif que les parties paraissent avoir pris en compte les incertitudes connues d'elles pour sceller leur accord provisoire, ce d'autant qu'elles ont limité la validité de leur convention à quelques mois.

2.3. L'accord partiel et provisoire du 9 octobre 2018 n'a pas clos la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et s'apparente dès lors à des mesures provisionnelles rendues dans le cadre de la procédure de mesures protectrices. La requête du 5 novembre 2018 ne tend pas à la modification de ces mesures provisionnelles, mais au prononcé final de mesures protectrices de l'union conjugale, suivant des conclusions adaptées à la nouvelle situation de A.\_\_\_\_\_.

Cette constatation suffit à elle seule à sceller le sort du recours ; en effet, la procédure opposant les parties n'est pas terminée ; une décision finale va quoi qu'il en soit devoir être rendue ; les questions soulevées dans la requête du 5 novembre 2018 (pensions futures, droit de visite du père, etc.) auraient dû être tranchées à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019 au plus tard, indépendamment de la requête du 5 novembre 2018, de sorte que la poursuite de la procédure sollicitée à cette date déjà n'a fait qu'anticiper de quelques mois celle qui, de toute façon, aurait dû avoir lieu au printemps 2019, et s'y substitue. Pour ce motif et indépendamment de la pertinence des nouvelles conclusions de A.\_\_\_\_\_, la démarche procédurale du 5 novembre 2018 peut tout au plus être qualifiée de légèrement prématurée, mais pas de dilatoire.

2.4. Par ailleurs, en qualifiant la requête du 5 novembre 2018 de dépourvue de chance de succès, le Président du tribunal a fait preuve de trop de sévérité.

Certes, lorsqu'il a passé l'accord du 9 octobre 2018, A.\_\_\_\_\_ savait que l'engagement qu'il prenait alors de verser chaque mois CHF 400.- pour chacune de ses filles jusqu'au 31 mars 2019 n'était *a priori* pas compatible avec la location d'un appartement représentant une charge de CHF 1'520.- par mois, soit environ la moitié de ses revenus. Sauf à enlever toute portée à un engagement judiciaire pris en faveur de ses enfants, il est raisonnable de soutenir que, le 9 octobre 2018, A.\_\_\_\_\_ avait renoncé, au moins tacitement, à louer un appartement avant le 1<sup>er</sup> avril 2019, quitte à demeurer jusqu'alors chez son père. A défaut, il s'est engagé à la légère, alors qu'il bénéficiait des conseils d'un avocat, et il est douteux qu'un tel comportement mérite protection. Il n'est pas non plus démontré que ses conclusions tendant à récupérer ses effets personnels, respectivement à interdire à son épouse de disposer de certains biens, nécessitaient une démarche procédurale avant le 19 mars 2019. Quant à la curatelle éducative, A.\_\_\_\_\_ l'a demandée le 6 septembre 2018, y a renoncé implicitement le 9 octobre 2018, pour la demander à nouveau le 5 novembre 2018, ce qui n'est guère sérieux si des mesures de protection de ses enfants devaient véritablement se justifier. Là encore, rien ne semblait contraindre le recourant à procéder au début du mois de novembre déjà. En revanche, le fait qu'il dispose désormais d'un logement suffisamment spacieux semble être un motif pour rediscuter avant même le 31 mars 2019 l'étendue des relations personnelles qu'il entretient avec ses trois filles, indépendamment de la question de savoir si on aurait pu attendre de lui qu'il diffère la prise en location de l'appartement ; il peut être dans l'intérêt de C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ de passer d'ores et déjà un week-end entier avec leur père dès lors qu'il peut désormais concrètement les accueillir pour dormir. Or, selon la jurisprudence, si les conclusions ne paraissent que pour partie dénuées de chance de succès, l'assistance judiciaire doit en règle générale être accordée entièrement pour des raisons pratiques ; exceptionnellement seulement, elle ne sera accordée que partiellement en présence de plusieurs conclusions indépendantes et, pour certaines d'entre elles,

manifestement infondées (ATF 142 III 138 consid. 5.6 ; 139 III 396 consid. 4.1 – 4.3). En l'espèce, une telle indépendance n'existe pas.

2.5. Il résulte de ce qui précède que le premier juge ne devait pas restreindre le 7 novembre 2018 l'étendue de l'assistance judiciaire accordée le 9 octobre 2018. Le recours du 19 novembre 2018 sera dès lors admis et la décision du 7 novembre 2018 annulée. Les démarches procédurales entamées le 5 novembre 2018 étant couvertes, faute désormais de limitation, par l'assistance judiciaire accordée le 9 octobre 2018, il n'est pas nécessaire d'accorder formellement à A. \_\_\_\_\_ l'assistance judiciaire, l'annulation précitée étant suffisante.

3.

3.1. Selon l'art. 119 al. 6 CPC, il n'est en principe pas perçu de frais judiciaires pour la procédure d'assistance judiciaire. Selon la jurisprudence, cette disposition légale ne s'applique toutefois pas à la procédure de recours en matière d'assistance judiciaire (ATF 140 III 501 consid. 4.3.2 et 137 III 470 consid. 6.5.5).

En l'espèce, vu l'admission du recours, les frais judiciaires de la présente procédure, fixés à CHF 500.-, doivent être laissés à la charge de l'Etat.

3.2. Conformément à la jurisprudence, la procédure d'assistance judiciaire concerne le requérant et l'Etat. Dans la procédure de première instance, seul le requérant est partie à la procédure. En revanche, dans le cadre d'une procédure de recours contre une décision refusant ou restreignant l'octroi de l'assistance judiciaire à une partie au procès, le juge de première instance est également considéré comme une partie à la procédure de recours (ATF 140 III 501 consid. 4.1.2). Dès lors, en cas d'admission du recours du requérant à l'assistance judiciaire, il y a lieu de lui octroyer des dépens à la charge de l'Etat, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC (ATF 140 III 501 consid. 4.3.2). Il s'ensuit que les dépens du recourant doivent être mis à la charge de l'Etat, qui succombe. Cela rend sa requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours sans objet.

La fixation des dépens du recourant (art. 95 al. 1 let. b CPC) se fait de manière globale (art. 64 al. 1 let. a et e du règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice [RJ; RSF 130.11]). Dans ce cadre, le maximum de l'indemnité globale s'élève à CHF 3'000.- pour le recours. Lors de la fixation du montant, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). Une indemnité globale de CHF 1'000.-, comprenant les débours, apparaît *in casu* raisonnable pour rémunérer l'activité de Me Nicolas Charrière, l'objet du recours ne justifiant pas des développements de grande ampleur. La TVA s'y ajoutera par CHF 77.- (7.7 % de CHF 1'000.-).

(dispositif en page suivante)

## la Cour arrête :

I. Le recours est admis.

Partant, la décision du Président du tribunal civil de l'arrondissement de la Glâne du 7 novembre 2018 est annulée.

II. La requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours est sans objet.

III. Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge de l'Etat.

Les frais judiciaires sont fixés à CHF 500.-.

Les dépens de A. \_\_\_\_\_ pour la procédure de recours sont fixés globalement à CHF 1'000.-, débours compris, TVA par CHF 77.- en sus.

IV. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

*Fribourg, le 15 janvier 2019/cdu*

Le Président :

La Greffière: