



**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 399

## **Arrêt du 21 mars 2019**

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

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Dina Beti, Laurent Schneuwly  
Greffier-rapporteur : Ludovic Farine

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **défendeur** et **appelant**, représenté par Me Marie Signori, avocate

contre

**B.**\_\_\_\_\_, **requérante** et **intimée**, représentée par Me Sébastien Pedroli, avocat

#### **Objet**

Mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de modification de jugement de divorce, pension pour un enfant mineur

Appel du 13 décembre 2018 contre la décision du Président du Tribunal civil de la Veveyse du 30 novembre 2018

## considérant en fait

A. Par jugement du 19 juillet 2013, confirmé en appel le 12 janvier 2015, le Tribunal civil de la Veveyse a prononcé le divorce de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_. Il a notamment instauré sur l'enfant C. \_\_\_\_\_, né en 2008, une garde alternée à raison d'une semaine chez chaque parent, le domicile de l'enfant étant à D. \_\_\_\_\_, chez sa mère.

Suite au déménagement du père de E. \_\_\_\_\_ (VD) à F. \_\_\_\_\_ (VS) en août 2016, les modalités de la garde alternée ont été modifiées à plusieurs reprises par les ex-époux. En particulier, d'avril 2017 à avril 2018, C. \_\_\_\_\_ allait chez son père un mercredi après-midi et un week-end sur deux, ainsi qu'un jeudi sur deux pendant une période. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2018, il est allé chez lui deux soirs par semaine ainsi qu'un week-end sur deux.

Depuis le 30 mai 2018, une procédure de modification de jugement de divorce est en cours devant le Tribunal civil de la Veveyse. Chaque parent sollicite l'attribution de la garde exclusive sur l'enfant, aussi bien au fond qu'à titre provisoire. Par décision de mesures provisionnelles partielle du 31 juillet 2018, le Président du Tribunal civil de la Veveyse (ci-après : le Président) a ordonné une enquête sociale, qu'il a confiée au Service de l'enfance et de la jeunesse, et a réaménagé, jusqu'à droit connu au fond, la garde alternée en ce sens que C. \_\_\_\_\_ serait chez son père chaque semaine du mercredi midi au jeudi matin, ainsi qu'un week-end sur deux, et chez sa mère le restant du temps. Saisie le 13 août 2018 d'un appel du père contre cette décision, la Cour de céans l'a rejeté par arrêt du 28 août 2018.

Par décision du 30 novembre 2018, le Président a réglé l'entretien de l'enfant durant la procédure. Il a ainsi astreint A. \_\_\_\_\_ à verser pour son fils, dès le 1<sup>er</sup> juin 2018, une pension mensuelle de CHF 660.-, plus allocations familiales.

B. Le 13 décembre 2018, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre la décision du 30 novembre 2018. Il conclut, sous suite de frais, à ce que le prononcé litigieux soit réformé en ce sens qu'il ne doit aucune contribution provisoire à l'entretien de son fils, subsidiairement à ce qu'il soit annulé et à ce que la cause soit renvoyée au premier juge pour nouvelle décision.

Dans sa réponse du 24 janvier 2019, B. \_\_\_\_\_ conclut au rejet de l'appel, sous suite de frais. Elle a aussi requis le bénéfice de l'assistance judiciaire, que le Président de la Cour a refusé de lui octroyer par arrêt du 28 janvier 2019.

Le 20 février 2019, l'ex-épouse a encore produit, spontanément, son certificat de salaire 2018 ainsi que ses fiches de salaire des mois de janvier 2018 à janvier 2019.

## en droit

1.

1.1. L'appel est recevable notamment contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures provisionnelles pendant une procédure

de modification de jugement de divorce (art. 271 CPC, par renvoi des art. 284 al. 3 et 276 al. 1 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 3 décembre 2018. Déposé le 13 décembre 2018, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est, de plus, motivé et doté de conclusions. En outre, vu la contribution d'entretien de CHF 750.- par mois réclamée – et contestée – en première instance, la valeur litigieuse est clairement supérieure à CHF 10'000.-. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

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

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

1.4. Selon la jurisprudence la plus récente (ATF 143 III 349 consid. 4.2.1), lorsque, comme ici, 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'espèce, les documents nouvellement produits en appel par l'ex-épouse en lien avec ses revenus sont dès lors recevables.

1.5. Vu le montant de CHF 660.- par mois contesté en appel, comme la durée probable de la procédure de modification, qui devrait pouvoir être liquidée en moins de 4 ans depuis son introduction, la valeur litigieuse pour un recours auprès du Tribunal fédéral semble inférieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

2.

L'appelant conteste le principe de toute contribution d'entretien en faveur de son fils. Il convient dès lors d'exposer les conditions d'une modification, par voie de mesures provisoires, d'un jugement de divorce, puis d'examiner si ces conditions sont réalisées *in casu*.

2.1. Selon l'art. 276 al. 1 CPC, applicable en vertu du renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC, le juge saisi d'une requête de modification de jugement de divorce ordonne les mesures provisionnelles nécessaires. La jurisprudence a précisé que, dans le cadre d'une action en modification de jugement de divorce, la modification de la contribution d'entretien n'est justifiée au titre de mesures provisoires qu'en cas d'urgence et en présence de circonstances particulières (ATF 118 II 228 ; arrêts TF 5A\_641/2015 du 3 mars 2016 consid. 4.1 et 5A\_732/2012 du 4 décembre 2012, consid. 3.2). De plus, les mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la procédure de modification du jugement de divorce sont des mesures d'exécution anticipée provisoires, dont le sort définitif est ensuite réglé dans le jugement de modification au fond ; le juge de la modification doit donc statuer dans le dispositif de son jugement sur les contributions dues pour toute la période courant dès l'ouverture de l'action, les montants alloués en mesures provisoires étant décomptés (ATF 130 I 347 consid. 1.2 ; arrêt TF 5A\_641/2015 du 3 mars 2016 consid. 2.1).

Si le principe d'une modification est admis, il faut recalculer la contribution en tenant compte de l'évolution de toute la situation financière, c'est-à-dire de toutes les charges, y compris celles qui ne sont pas nouvelles (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1). Cependant, la survenance d'un fait nouveau – important et durable – n'entraîne pas automatiquement une modification de la

contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération. Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande ; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1).

2.2. En l'espèce, comme l'appelant le lui reproche (appel, p. 6 s. et 8 s.), il est vrai que le premier juge n'a pas comparé les situations financières respectives des parents entre l'époque du divorce et la période actuelle, ni examiné si la charge d'entretien était devenue déséquilibrée entre eux. Il n'avait cependant pas à le faire : en effet, le motif de revoir la répartition de l'entretien de C.\_\_\_\_\_ entre ses parents consiste dans le fait que, par décision du 31 juillet 2018 confirmée en appel, la garde alternée pratiquée jusque là – une semaine sur deux chez chaque parent – a été sensiblement modifiée pour impliquer qu'à l'avenir, l'enfant ne passe plus chez son père qu'un week-end sur deux et un soir par semaine. Vu ce changement important, il fallait évidemment déterminer si, compte tenu du régime modifié de garde, le versement d'une pension se justifiait aujourd'hui et, dans ce cadre, il incombait uniquement au Président d'établir la situation actuelle des parties, le coût de l'enfant et sa répartition entre les parents, ce qu'il n'a pas manqué d'effectuer. En conséquence, les griefs de l'ex-mari tirés d'un défaut de comparaison des situations financières entre 2013 et ce jour, d'une part, et d'une violation de son droit d'être entendu à cet égard, d'autre part, ne sauraient être accueillis.

2.3. Concernant la situation financière de B.\_\_\_\_\_, le premier juge a pris en compte un revenu de CHF 5'674.20 par mois, hors allocations mais part au 13<sup>ème</sup> salaire incluse, réalisé par un emploi à 80 % auprès de G.\_\_\_\_\_ SA (CHF 5'237.70 x 13/12 ; décision attaquée, p. 5). D'emblée, même si ce point n'est pas critiqué, il faut constater d'office, sur la base des fiches de salaire produites en appel, que ce revenu est erroné, puisque l'intimée ne perçoit pas de 13<sup>ème</sup> salaire. Partant, son revenu se monte à CHF 5'237.70 net par mois.

L'appelant soutient que son ex-épouse, qui exerçait auparavant une activité accessoire de coach holistique, continue à le faire et que le premier juge ne pouvait pas en faire abstraction (appel, p. 6). A cet égard, la décision querellée (p. 5) retient, sur la base d'une attestation de la personne qui confiait les coachings à l'intimée (DO/138), que B.\_\_\_\_\_ a cessé cette activité accessoire au début de l'année 2018, suite à quoi elle a augmenté son emploi salarié de 60 à 80 %. Vu l'attestation précitée, il n'y a pas matière à revoir l'appréciation du premier juge, du moins dans le cadre sommaire de la procédure de mesures provisoires.

Dès lors, après déduction de ses charges – non contestées – arrêtées à CHF 3'414.65, l'ex-épouse peut compter sur un disponible avant impôts de CHF 1'823.05 (CHF 5'237.70 – CHF 3'414.65).

2.4. S'agissant de A.\_\_\_\_\_, le Président a pris en compte un revenu mensuel net de CHF 6'026.40, réalisé par une activité indépendante de décorateur d'intérieur, et des charges de CHF 2'092.50 au total, y compris CHF 300.- à titre de frais d'exercice du droit de visite. Par conséquent, il a calculé son disponible à CHF 3'933.60 (décision attaquée, p. 6 à 8).

2.4.1. L'appelant reproche au premier juge d'avoir pris en compte son bénéfice 2017, et non la moyenne des années 2015 à 2017. Il fait valoir que, s'il a certes pu augmenter son bénéfice en se séparant de ses locaux commerciaux, le résultat 2017 de son entreprise n'est pas représentatif de

la situation en 2018, dès lors qu'il varie fortement d'année en année en fonction des mandats qui lui sont confiés (appel, p. 5).

Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir la différence entre les produits et les charges. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années : plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue (arrêt TF 5A\_396/2013 du 26 février 2014 consid. 3.2.1). Lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés (arrêt TF 5A\_127/2016 du 18 mai 2016 consid. 5.2).

En l'espèce, la décision attaquée (p. 6) retient que l'entreprise de l'ex-mari a dégagé, entre 2015 et 2017, des bénéfices respectifs de CHF 27'191.80, CHF 20'165.95 et CHF 72'316.85. Dans la mesure où, lors de son audition le 4 juillet 2018, A. \_\_\_\_\_ a déclaré que l'augmentation du résultat en 2017 s'expliquait à la fois par la diminution des frais de loyer et par le développement de son entreprise, le Président s'est toutefois fondé uniquement sur le bénéfice 2017. Reposant sur des motifs objectifs, la prise en compte de la dernière situation connue ne prête pas le flanc à la critique, d'autant que les mesures provisoires prononcées sont des mesures d'exécution anticipée et que le Tribunal civil de la Veveyse, lorsqu'il statuera au fond, devra fixer à nouveau les pensions dues pour toute la durée de la procédure (*supra*, consid. 2.1). Du reste, alors qu'il soutient que le bénéfice réalisé en 2017 ne serait plus représentatif en 2018, l'appelant ne produit aucun document appuyant ses allégations. Il ne saurait dès lors être suivi dans sa critique.

2.4.2. L'ex-mari ne conteste pas véritablement les charges retenues par le Président. S'il indique qu'il assume tous les trajets lorsqu'il voit son fils, il oublie que les frais d'exercice du droit de visite sont en principe à la charge du bénéficiaire (arrêt TF 5A\_679/2011 du 10 avril 2012 consid. 7.3 et arrêt TC FR 101 2009 94 du 7 juillet 2010 *in* RFJ 2010 337 consid. 2b/cc). Du reste, conformément à la jurisprudence récente de la Cour (arrêt TC FR 101 2018 22 du 18 septembre 2018 consid. 3.3 destiné à publication), le premier juge a inclus dans les charges de l'appelant, à ce titre, un montant mensuel de CHF 300.-, ce qui paraît tenir équitablement compte des trajets effectués un week-end sur deux et un soir par semaine.

2.4.3. Au vu de ce qui précède, le disponible de CHF 3'933.60 calculé par le Président doit être confirmé.

2.5. L'appelant ne s'en prend pas au coût de C. \_\_\_\_\_, que le premier juge a calculé, sur la base des tabelles zurichoises non réduites, à CHF 1'288.- par mois, soit CHF 1'038.- après imputation des allocations familiales (décision querellée, p. 8). Vu les disponibles respectifs des parents, le père devrait prendre en charge le 68.33 % de ce coût (CHF 3'933.60 / [CHF 1'823.05 + CHF 3'933.60]), ce qui représenterait une contribution d'entretien provisoire de CHF 710.-. Cependant, dans la mesure où il a son fils un soir par semaine en sus d'un week-end sur deux, la légère réduction de ce montant à CHF 660.- paraît conforme à la situation des parents et aux intérêts de l'enfant.

Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté.

3.

3.1. Vu le sort de l'appel, les frais doivent en être mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ (art. 106 al. 1 CPC). Ils comprennent notamment les frais de justice dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-, qui seront prélevés sur son avance (art. 111 al. 1 CPC).

3.2. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ ; RSF 130.11). En cas de fixation globale, comme en l'espèce, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). L'indemnité maximale en cas de recours contre une décision du juge unique est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. e et al. 2 RJ).

En l'espèce, compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ seront arrêtés globalement à la somme de CHF 1'500.-, débours compris, plus la TVA par CHF 115.50 (7.7 % de CHF 1'500.-).

#### **la Cour arrête :**

I. L'appel est rejeté.

Partant, la décision prononcée le 30 novembre 2018 par le Président du Tribunal civil de la Veveyse est confirmée.

II. Les frais d'appel sont mis à la charge de A. \_\_\_\_\_. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'200.-, qui seront prélevés sur son avance.

III. Les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ sont fixés globalement à la somme de CHF 1'500.-, débours compris, plus la TVA par CHF 115.50.

IV. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours constitutionnel au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 21 mars 2019/lfa

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :