



**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 2019 124
101 2019 168

Arrêt du 4 juillet 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Sandra Wohlhauser, Laurent Schneuwly
Greffière-rapporteuse : Séverine Zehnder

Parties

A._____, **requérante** et **appelante**, représentée par Me Délia Charrière-Gonzalez, avocate

contre

B._____, **défendeur** et **intimé**, représenté par Me Jean-Luc Maradan, avocat

Objet

Mesures provisionnelles (modification de jugement de divorce) –
exception d'irrecevabilité

Appel du 2 mai 2019 contre la décision de la Présidente du Tribunal
civil de la Gruyère du 23 avril 2019

Requête d'assistance judiciaire du 12 juin 2019

considérant en fait

A. B._____ et A._____, tous deux nés en 1979, se sont mariés en 2000. Par jugement du 6 août 2012, le Président du Tribunal civil de la Broye a notamment prononcé le divorce des époux.

Une première procédure en modification du jugement de divorce précité a été initiée par B._____ en 2015 et s'est soldée par un arrêt de la 1^e Cour d'appel civil rendu le 6 juin 2017, rejetant la demande.

B. Le 5 mars 2019, B._____ a déposé devant le Tribunal civil de la Gruyère une "*requête de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce du 6 août 2012*"; dans sa réponse du 12 avril 2019, A._____ a soulevé le grief d'irrecevabilité, faute pour le requérant d'avoir déposé en parallèle son action au fond. Elle a notamment conclu à ce qu'il soit constaté que la requête est irrecevable et, par voie de conséquence, à ce que l'audience présidentielle agendée au 16 mai 2019 soit annulée; subsidiairement, elle a conclu à une prolongation du délai pour répondre, cette dernière requête ayant été admise. Par décision du 23 avril 2019, la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère (ci-après: la Présidente du Tribunal) a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par A._____.

C. Par mémoire du 2 mai 2019, A._____ a interjeté recours à l'encontre de cette décision, concluant à ce que l'exception d'irrecevabilité soit admise et à ce que la requête de mesures provisionnelles introduite par B._____ soit déclarée irrecevable, sous suite de frais des deux instances.

D. En parallèle, A._____, par courrier du même jour, a une nouvelle fois requis de la Présidente du Tribunal que l'audience assignée sur le 16 mai 2019 soit annulée, respectivement renvoyée jusqu'à reddition du présent arrêt, et enfin que le délai prolongé pour déposer une réponse à la requête de mesures provisionnelles soit révoqué. La Présidente du Tribunal a maintenu l'audience et refusé de révoquer le délai pour répondre. Les parties ont comparu à l'audience présidentielle du 16 mai 2019, au cours de laquelle elles ont convenu d'entamer un processus de médiation et, dans l'intervalle, de suspendre la procédure.

E. Dans sa réponse du 12 juin 2019, B._____ a conclu au rejet du recours, sous suite de frais. Il a sollicité d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

en droit

1.

1.1.

1.1.1. L'appel est ouvert contre les décisions finales et incidentes de première instance ainsi que 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 et 2 CPC). Le recours est, quant à lui, recevable contre les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel,

contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable, ou encore contre le retard injustifié du tribunal (art. 319 CPC).

1.1.2. Est une décision incidente, au sens de l'art. 237 CPC, une décision potentiellement finale, à savoir une décision qui ne met pas fin au procès, mais qui tranche une question qui pourrait entraîner cette fin (CR CPC-TAPPY, 2019, art. 237 n. 3). Il s'agit normalement de décisions rendues sur des conditions de recevabilité de la demande ou de la reconvention, ou sur des questions de fond jugées séparément, à la condition que l'instance de recours puisse mettre fin à l'action elle-même et que cela permette d'économiser du temps et des frais.

1.1.3. En l'espèce, la décision de la première juge de rejeter l'exception d'irrecevabilité aurait entraîné la fin du procès si cette dernière avait statué en sens inverse. En outre, vu le montant de la contribution d'entretien contestée en première instance (CHF 1'200.- par mois dès le 1^{er} février 2019), la valeur litigieuse est clairement supérieure à CHF 10'000.-. Partant, c'est la voie de l'appel qui est ouverte (cf. CR CPC-TAPPY, art. 237 n. 9), et non celle du recours, comme indiqué dans la décision querellée. Un pourvoi ne doit toutefois pas être déclaré irrecevable au seul motif qu'il n'est pas correctement intitulé; il doit être au besoin converti (arrêt TF 4A_137/2013 du 7 novembre 2013 consid. 7 non publié *in* ATF 139 III 478; arrêts TC FR 101_2018_56 du 14 août 2018 consid. 1a et 104 2013 20 du 31 janvier 2014 consid. 1a). En l'occurrence, le pourvoi satisfaisant aux conditions de recevabilité de l'appel, le "recours" sera traité comme un appel.

1.2. Le délai d'appel en procédure sommaire (art. 252 ss CPC) – qui régit notamment les mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée à la mandataire de l'appelante le 24 avril 2019. Déposé le 2 mai 2019, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile.

1.3. Le mémoire est dûment motivé et doté de conclusions, de sorte qu'il est recevable en la forme.

1.4. La cognition de la Cour 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. 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 toutes les pièces utiles à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

2.

L'appelante reproche à la Présidente du Tribunal d'avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité qu'elle a soulevée en première instance.

2.1. Par jugement du 6 août 2012, le Président du Tribunal civil de la Broye a notamment prononcé le divorce des époux A._____ et B._____. Le 5 mars 2019, B._____ a déposé un acte de procédure intitulé "*requête de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce du 6 août 2012*", sans toutefois déposer en parallèle dite action en modification. Il conclut à ce qu'il soit pris acte du fait que l'enfant C._____ vit chez son père depuis le 4 février 2019, à ce qu'il soit libéré du versement de la pension en faveur de ce dernier et à ce que sa mère contribue à l'entretien de son fils par le versement d'une pension

mensuelle de CHF 500.-. L'appelante soutient que, faute pour l'intimé d'avoir déposé une action au fond créant litispendance, sa requête de mesures provisionnelles est irrecevable.

2.2. La procédure contentieuse de modification d'un jugement de divorce se calque sur la procédure de divorce sur requête unilatérale, dont l'art. 284 al. 3 CPC indique qu'elle s'applique par analogie. Cela signifie que les dispositions générales sur la procédure de divorce interviennent également dans la mesure de leur pertinence, ainsi que les dispositions des procédures ordinaire et sommaire (pour les mesures provisionnelles), tant que le chapitre sur la procédure de divorce n'y déroge pas (CPra Matrimonial-BOHNET, 2016, art. 284 CPC n. 9). Ainsi, la procédure de modification du jugement de divorce est introduite par une demande au sens de l'art. 290 CPC. Elle n'est pas précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 198 let. c CPC, par renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC; arrêt TC FR 101 2013 13 du 15 mai 2013 consid. 2b/aa). Quand bien même il n'y a évidemment pas lieu en procédure de modification de "vérifier l'existence du motif de divorce" (art. 290 let. b CPC), le renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC à la procédure unilatérale de divorce implique la tenue d'une audience de conciliation avant l'échange d'écritures, afin d'examiner si une solution transactionnelle est envisageable (arrêt 101 2013 13 précité; cf. ég. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 284 CPC n. 13). L'art. 268 CPC en matière de mesures provisionnelles en procédure de divorce s'applique également par analogie à la procédure contentieuse de modification; une requête ne peut dès lors intervenir que lorsque la demande de modification est pendante (CPra Matrimonial-BOHNET, art. 284 CPC n. 22). Or, tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Le doute insinué par TAPPY (CR CPC-TAPPY, 2019, art. 284 CPC n. 8) et soulevé par l'intimé dans sa réponse ne porte pas sur cette question, mais uniquement sur la possibilité de prononcer des mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification, dès lors qu'il n'y a pas alors de nouvelle situation de droit créée par l'ouverture d'action qui justifierait des mesures de réglementation; aussi, la jurisprudence et la doctrine n'ont-elles souvent admis que restrictivement et seulement en cas d'urgence la possibilité de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification de jugement de divorce (ATF 118 II 228). De même, la jurisprudence citée par l'intimé (JdT 2016 III 116, arrêt du Tribunal cantonal vaudois), reprise par le Tribunal fédéral dans un arrêt 5A_85/2017 du 19 juin 2017 (consid. 7.1.2), concerne une action indépendante en entretien d'un enfant mineur, et non une action en modification d'un jugement de divorce; qui plus est, cet arrêt soulève des doutes, à tout le moins dans la doctrine: il est vrai qu'en matière matrimoniale, il est possible de requérir – au lieu du divorce, ou avant l'introduction d'une action en divorce – des mesures protectrices de l'union conjugale, selon la même procédure (sommaire) que les mesures provisionnelles de divorce. Ces mesures ne servent néanmoins pas à une protection plus rapide des droits, mais à organiser la vie séparée d'époux qui n'envisagent pas – encore – une action en divorce. Elles sont en outre soumises à des dispositions particulières (art. 272 et 273 CPC). Elles ne peuvent dès lors pas être assimilées à des mesures provisionnelles "avant procès" selon l'art. 263 CPC, de sorte qu'il s'imposerait parallèlement d'admettre l'application de cette disposition aux mesures provisionnelles selon l'art. 303 CPC (note BASTONS BULLETTI *in* CPC Online, newsletter du 26 octobre 2016).

Ce faisant, les arguments soulevés par l'intimé ne permettent pas de s'écarter de la jurisprudence antérieure arrêtée de longue date par la Cour. Selon celle-ci, dans la mesure où le procès en divorce sur requête unilatérale – et celui en modification du jugement de divorce – doit être introduit par le dépôt d'une demande remplissant les conditions de l'art. 290 CPC, il n'est pas admissible de déposer une requête de mesures provisionnelles, en vue de modifier les mesures découlant d'un jugement de divorce, avant litispendance de l'action en modification d'un tel

jugement (arrêt TC FR 101 2012 19 du 25 avril 2012 consid. 2, *in* FamPra 2012 p. 1165; cf. ég. ZOGG, *Vorsorgliche Unterhaltszahlungen im Familienrecht*, *in* FamPra 2018 p. 47 ss [89]).

2.3. Ces considérations suffisent à admettre l'exception d'irrecevabilité soulevée par A. _____ le 12 avril 2019. La Présidente du Tribunal n'aurait pas dû entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles du 5 mars 2019, déposée hors procédure au fond. Il s'ensuit l'admission de l'appel.

3. Pour la procédure d'appel, B. _____ requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire. A l'appui de sa requête, il indique qu'il l'a obtenue au cours de la procédure de première instance et que sa situation financière ne s'est pas améliorée depuis. Sur le principe, compte tenu de son rôle de partie intimée dans le cadre d'un appel contre une décision qui n'est pas affectée d'un vice crasse (ATF 139 III 475 consid. 2.3), sa requête ne peut d'emblée être rejetée, quand bien même les arguments qu'il oppose en appel pour justifier sa position sont infondés. Reste à examiner si l'intimé est indigent (cf. art. 117 let. a CPC). Il résulte du dossier que ce dernier réalise un revenu mensuel net moyen qui peut être établi à CHF 6'259.55 (moyenne des décomptes produits sur 6 mois, et non sur 7 mois; cf. bordereau du 5 mars 2019, pièce n° 8), au moyen duquel il est à même de supporter toutes les charges que lui-même allègue (cf. DO/11) et qui totalisent CHF 4'009.60. Cela étant, l'on relèvera que certains postes (frais de téléphone, frais d'électricité, redevance radio/TV) sont déjà compris dans le minimum vital dont le montant doit être quelque peu augmenté (CHF 1'062.50 (CHF 850.- + 25%], au lieu de CHF 1'020.-). Quoi qu'il en soit, même à admettre tous les postes, l'époux est encore en mesure d'assumer l'entretien convenable de ses enfants D. _____ et C. _____, qu'il chiffre à CHF 1'058.- pour C. _____ et à CHF 400.45 pour D. _____. Il y a lieu de relever à cet égard que les frais de transport pour C. _____ ne tiennent pas compte des vacances et devraient être réduits à CHF 142.50 (soit CHF 9.- x 5 jours x 52 semaines - 14 semaines de vacances / 12 mois), en lieu et place des CHF 198.- allégués, tandis que le montant de CHF 100.- retenu sous divers peut être admis, dès lors qu'il compense l'absence d'élargissement du minimum vital de base usuellement appliqué à concurrence de 20% pour chaque enfant. Qu'à cela ne tienne, avec son disponible mensuel de CHF 791.50, charge fiscale comprise, l'intimé semble en mesure d'assumer en moins d'une année, au besoin par acomptes mensuels, les frais occasionnés par la procédure d'appel, en particulier les honoraires de son avocat; il est précisé que ceux-ci devraient demeurer modestes, l'activité de son mandataire s'étant limitée au dépôt d'une brève réponse à l'appel. Il s'ensuit le rejet de la requête d'assistance judiciaire présentée pour l'appel.

4.

4.1. Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC), étant précisé que les conclusions portant sur l'octroi de dépens n'ont pas à être chiffrées lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur le fond du litige (cf. arrêt TF 5D_169/2015 du 4 février 2016 consid. 5.3.2; cf. ég. arrêt TC FR 101 2017 140 du 11 août 2017 consid. 4a).

Vu le sort de l'appel, les frais judiciaires et dépens des deux instances doivent être mis à la charge de l'intimé, qui succombe.

4.2. Les frais judiciaires d'appel sont fixés forfaitairement à CHF 600.-. Indépendamment de leur attribution, ceux-ci seront acquittés vis-à-vis de l'Etat par prélèvement sur l'avance versée par A. _____, qui pourra obtenir le remboursement de la somme de CHF 600.- de la part de B. _____; le solde par CHF 200.- lui sera restitué (art. 111 CPC).

4.3. 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 A. _____ seront arrêtés globalement à la somme de CHF 600.-, débours compris, plus la TVA par CHF 46.20 (7.7% de CHF 600.-).

4.4. Pour la première instance, les frais judiciaires et dépens ont été réservés. La cause sera dès lors renvoyée à la Présidente du Tribunal pour fixation.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

I. L'appel est admis.

Partant, le dispositif de la décision prononcée le 23 avril 2019 par la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère est réformé pour prendre la teneur suivante:

- " 1. *L'exception d'irrecevabilité déposée le 12 avril 2019 à l'encontre de la requête de mesures provisionnelles introduite le 5 mars 2019 est admise.*
2. *Partant, la requête de mesures provisionnelles introduite par B. _____ à l'encontre de A. _____ en date du 5 mars 2019 est irrecevable.*
3. *Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de B. _____.* "

II. La cause est renvoyée à la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère pour fixation des frais judiciaires et dépens de première instance.

III. La requête d'assistance judiciaire présentée pour l'appel par B. _____ est rejetée.

IV. Les frais d'appel sont mis à la charge de B. _____. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 600.-. Indépendamment de leur attribution, ceux-ci seront acquittés vis-à-vis de l'Etat par prélèvement sur l'avance versée par A. _____, qui pourra obtenir le remboursement de la somme de CHF 600.- de la part de B. _____; le solde par CHF 200.- lui sera restitué.

V. Les dépens d'appel de A. _____ sont fixés globalement à la somme de CHF 600.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 46.20.

VI. Notification.

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent sa notification. Si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Fribourg, le 4 juillet 2019/sze

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :