



**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 25

Arrêt du 12 avril 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser
Greffier-rapporteur : Ludovic Farine

Parties

A._____, **requérant** et **appelant**, représenté par Me Telmo Vicente, avocat

contre

B._____, **défenderesse** et **intimée**, représentée par Me Philippe Corpataux, avocat

Objet

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

Appel du 28 janvier 2019 contre la décision de la Présidente du Tribunal civil de la Sarine du 14 janvier 2019

considérant en fait

A. A. _____, né en 1982, et B. _____, née en 1985, se sont mariés en 2005. Un enfant est issu de leur union, soit C. _____, né en 2008.

Par décision de divorce du 7 décembre 2016, le Tribunal civil de la Sarine a notamment confié la garde de C. _____ à sa mère et astreint le père à verser pour lui une contribution d'entretien mensuelle de CHF 826.-, portée à CHF 917.- dès le 1^{er} janvier 2021, le tout plus allocations.

Le 12 avril 2017, A. _____ s'est remarié avec D. _____. Un enfant, soit E. _____, né en 2018, est issu de cette union.

Le 28 septembre 2018, A. _____ a ouvert une procédure de modification de la décision de divorce du 7 décembre 2016. Il a conclu à ce que la pension destinée à C. _____ soit diminuée à CHF 352.- à partir du 1^{er} octobre 2018, aussi bien au fond qu'au titre des mesures provisionnelles. Par décision du 14 janvier 2019, la Présidente du Tribunal civil de la Sarine (ci-après : la Présidente) a rejeté la requête de mesures provisoires.

B. Par acte du 28 janvier 2019, A. _____ a interjeté appel contre la décision du 14 janvier 2019. Il conclut, sous suite de frais, à ce que la contribution d'entretien en faveur de C. _____ soit provisoirement réduite, dès le 1^{er} octobre 2018 à CHF 495.- par mois, plus allocations. Il a, de plus, sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire, qui lui a été octroyé par arrêt du 11 mars 2019, après qu'il a produit ses dernières fiches de salaire et les polices d'assurance-maladie 2019.

Dans sa réponse du 25 mars 2019, B. _____ conclut au rejet de l'appel, pour autant qu'il soit recevable, et à la confirmation de la décision querellée, sous suite de frais. Elle a également requis l'assistance judiciaire, qui lui a été accordée par arrêt du 28 mars 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 au mandataire de l'appelant le 18 janvier 2019 (DO/55). Déposé le 28 janvier 2019, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est, de plus, dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu la réduction demandée en première instance – et contestée – de la pension en faveur de C. _____, à hauteur de CHF 474.- par mois dès le 1^{er} octobre 2018, 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 d'une question concernant un enfant mineur, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

1.3. 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 pièces nouvellement produites par l'appelant, soit ses fiches de salaire des mois d'octobre 2018 à février 2019, son certificat de salaire 2018 et les polices d'assurance-maladie 2019 de la famille, sont dès lors recevables.

1.5. L'art. 317 al. 2 CPC permet une modification des conclusions en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a et 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC). Pour déterminer ce qui constitue une "modification" au sens de cette disposition légale, il convient, vu le renvoi à l'art. 227 CPC, de se référer aux règles applicables en première instance ; ainsi, alors qu'une restriction des conclusions est admissible en tout état de cause (art. 227 al. 3 CPC), leur amplification, notamment (CPC – SCHWEIZER, 2011, art. 227 n. 14), après l'ouverture des débats principaux est soumise à des conditions similaires à celles valables en appel selon l'art. 317 al. 2 CPC (art. 230 al. 1 CPC). De plus, il apparaît que lorsque les conclusions portent sur des montants qu'un débiteur reconnaît devoir, leur amplification correspond en fait à une réduction des sommes proposées, et vice versa.

En l'espèce, au lieu de conclure à la réduction temporaire de la pension à CHF 352.- par mois, l'appelant propose devant la Cour CHF 495.- par mois. Cette modification des conclusions, qui consiste en une restriction de celles-ci, est donc recevable.

1.6. Vu le montant de CHF 331.- 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 est largement inférieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

2.

L'appelant critique le refus de la première juge de réduire temporairement la contribution d'entretien due pour son fils C._____.

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).

2.2. Comme l'intimée le fait valoir dans sa réponse, il est vrai que l'appelant n'a pas expressément invoqué, en première instance ni en appel, l'existence de circonstances particulières révélant une urgence de modifier la pension au stade des mesures provisionnelles. Toutefois, il a indiqué qu'il s'était remarié et avait eu un nouvel enfant en août dernier, et que son épouse ne travaillait pas puisqu'elle s'occupait de E. _____ (DO/4 et 6). Il a ensuite exposé sa situation financière actuelle pour en conclure que, selon lui, il n'avait plus les moyens de verser la contribution pour son premier fils tout en entretenant sa nouvelle famille (DO/5 à 8). Il a ainsi implicitement fait valoir une atteinte à son minimum vital, ce qui est suffisant sous l'angle de la motivation d'une requête tendant à la réduction provisoire d'une contribution d'entretien.

2.3. La Présidente a nié toute urgence à diminuer la contribution d'entretien au stade des mesures provisoires déjà. Comparant les situations financières du père lors du divorce et actuellement, elle a considéré que son disponible était passé de CHF 1'293.85 à CHF 4'323.55, avant prise en compte du coût de ses enfants et de sa nouvelle épouse. Les frais directs de E. _____ se montant à CHF 611.80 et le déficit de D. _____ – représentant le coût indirect de l'enfant – à CHF 1'790.20, elle a établi le solde du père à CHF 1'921.55, soit un montant suffisant pour continuer à verser, durant la procédure, la contribution de CHF 826.- due pour C. _____, ce pour autant que l'entier du coût de son deuxième fils et de son épouse doive être retenu.

L'appelant critique ce raisonnement. Il fait valoir que son revenu actuel a été surévalué et ses charges sous-estimées (appel, p. 5 s.), et reproche en outre à la première juge d'avoir omis d'examiner l'évolution de la situation financière de l'intimée depuis l'époque du divorce (appel, p. 6 s.).

2.4.

2.4.1. Le dernier reproche tombe d'emblée à faux. En effet, il ne s'agit pas ici de décider si la pension pour l'enfant C. _____ doit être modifiée, mais uniquement d'examiner si l'ex-mari rend vraisemblable que son versement pendant la durée de la procédure au fond ne peut plus être raisonnablement exigé de lui, compte tenu de l'évolution de sa situation financière. A cet égard, contrairement à ce qui prévaut dans la procédure au fond (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1), il n'est pas nécessaire d'actualiser l'ensemble de la situation financière des deux parents, mais bien de déterminer si celle de l'appelant semble encore lui permettre, ou non, de verser à titre provisoire la contribution fixée lors du divorce.

2.4.2. Concernant le revenu de l'appelant, la décision querellée (p. 7) retient qu'il s'élève en moyenne à CHF 6'256.65 net par mois, y compris la part au 13^{ème} salaire mais hors allocations ; il a été tenu compte des heures supplémentaires effectuées en 2018. Le père critique la prise en considération de ces heures supplémentaires, exposant qu'il a été amené à les effectuer – et à travailler à 120 % – pour lui permettre de faire face à ses obligations, ce qui ne saurait lui être imposé (appel, p. 5).

La jurisprudence retient certes que le revenu réalisé par un emploi dépassant le taux exigible – en l'espèce, 100 % – doit en principe revenir au débirentier (arrêt TF 5A_816/2014 du 3 mars 2015 consid. 2.3). Toutefois, il ne s'agit pas de cela ici, mais d'heures supplémentaires exécutées chaque mois entre avril et juillet 2018 (cf. pièce 6 du bordereau de première instance) ainsi qu'en octobre et décembre 2018 (cf. pièces produites en appel), soit en partie avant la naissance du

nouveau fils de l'appelant, ce qui ne rend pas vraisemblable qu'elles n'auraient été accomplies qu'en raison de la situation familiale de l'ex-mari. Faire abstraction de ce revenu effectif aurait donc comme conséquence de favoriser l'enfant E. _____ au détriment de son demi-frère, comme la première juge l'a relevé, alors que des heures supplémentaires ont été effectuées tout au long de l'année 2018, et non à titre exceptionnel pendant quelques semaines.

Cela étant, il résulte du certificat de salaire produit en appel que A. _____ a gagné en 2018 un montant net de CHF 75'994.30, soit CHF 73'769.30 après déduction de la prime de naissance de son fils (CHF 1'500.-) et des allocations pour ce dernier (5 x CHF 245.-). Cela représente en moyenne CHF 6'147.- par mois, dont il faut déduire les indemnités pour repas perçues, à concurrence de quelque CHF 300.- par mois, puisqu'il n'a pas été tenu compte des frais y relatifs. Son revenu en 2018 peut ainsi être retenu à hauteur de CHF 5'847.- net par mois, hors allocations mais y compris la part au 13^{ème} salaire. Quant à janvier et février 2019, il a gagné en moyenne CHF 5'036.- net, abstraction faite des allocations et des indemnités pour repas (cf. les fiches de salaire produites en appel), soit environ CHF 5'450.- après ajout de la part au 13^{ème} salaire. En moyenne, entre mars 2018 et février 2019, l'appelant a donc réalisé un revenu mensuel net de CHF 5'780.- environ [$1/12 \times ([10 \times \text{CHF } 5'847.-] + [2 \times \text{CHF } 5'450.-])$].

2.4.3. Vu la différence de CHF 476.65 (CHF 6'256.65 – CHF 5'780.-) entre le revenu pris en compte par la Présidente et celui calculé ci-avant, le disponible de CHF 1'921.55 sur lequel la décision attaquée est fondée doit être ramené à CHF 1'444.90, entretien de la nouvelle famille déjà déduit. Même à suivre l'appelant lorsqu'il soutient qu'il faudrait ajouter à ses charges CHF 354.80 pour le remboursement du crédit contracté pour acheter une voiture et CHF 150.- pour augmenter un peu son minimum vital de base en raison de ses obligations de soutien (appel, p. 5 s.), il aurait encore un solde de CHF 940.10. Cette somme étant légèrement supérieure à la pension de CHF 826.- due pour C. _____, il n'est pas rendu vraisemblable que le versement de celle-ci durant la procédure ne pourrait plus être raisonnablement exigé. Certes, l'appelant devra consentir certains sacrifices et se serrer un peu la ceinture, mais son minimum vital paraît *a priori* respecté.

2.5. Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la première juge a rejeté la requête de mesures provisoires. Il s'ensuit que l'appel est mal fondé et doit également être rejeté.

3.

3.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante. Cette disposition est aussi applicable aux affaires de droit de la famille, quand bien même le tribunal a la faculté, en application de l'art. 107 al. 1 let. c CPC, de s'écarter des règles générales et de répartir les frais selon sa libre appréciation (ATF 139 III 358 consid. 3).

En l'espèce, vu le rejet de l'appel, les frais seront mis à la charge de A. _____ (art. 106 al. 1 CPC), sous réserve de l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée. Les frais de justice dus à l'Etat sont fixés à CHF 1'000.-.

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).

Compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de B. _____ seront arrêtés globalement à la somme de CHF 1'000.-, débours compris, plus la TVA par CHF 77.- (7.7 % de CHF 1'000.-).

la Cour arrête :

I. L'appel est rejeté.

Partant, la décision prononcée le 14 janvier 2019 par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine est confirmée.

II. Sous réserve de l'assistance judiciaire, les frais d'appel sont mis à la charge de A. _____. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.-.

III. Les dépens d'appel de B. _____ sont fixés globalement à la somme de CHF 1'000.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 77.-.

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 12 avril 2019/Ifa

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :