



**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 391+ 392

## **Arrêt du 11 février 2020**

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

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Dina Beti, Laurent Schneuwly  
Greffière : Isabelle Löfgren

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **requérant** et **recourant**, représenté par  
Me Telmo Vicente, avocat

dans la cause qui l'oppose à

**B.**\_\_\_\_\_, et **C.**\_\_\_\_\_, agissant par leur mère **D.**\_\_\_\_\_,  
représentés par Me Sébastien Pedroli, avocat

#### **Objet**

Recours contre le refus partiel de l'assistance judiciaire (art. 211  
CPC) ; assistance judiciaire

Recours du 4 décembre 2019 contre la décision de la Présidente du  
Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 22 novembre 2019

## considérant en fait

A. Le 25 octobre 2018, B. \_\_\_\_\_, née en 2014, et C. \_\_\_\_\_, né en 2011, représentés par leur mère, D. \_\_\_\_\_, ont déposé une requête de conciliation et d'assistance judiciaire contre leur père A. \_\_\_\_\_. Le même jour, ceux-ci ont également déposé à l'encontre de leur père une requête de mesures provisionnelles portant sur leur entretien respectif.

Par décisions séparées de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après : la Présidente) du 26 octobre 2018, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par mémoire du 17 décembre 2018, A. \_\_\_\_\_ a déposé sa réponse, doublée d'une requête d'assistance judiciaire, à la requête de mesures provisionnelles et de conciliation.

Les parties ont comparu à l'audience de conciliation et à la séance de mesures provisionnelles tenues le 19 décembre 2018 par la Présidente. L'autorisation de procéder a été délivrée séance tenante alors que la décision de mesures provisionnelles a été rendue le 23 mai 2019.

Alors que la demande a été déposée le 22 mars 2019, A. \_\_\_\_\_ a adressé sa réponse au fond le 23 août 2019, munie d'une modification des conclusions prises à titre de mesures provisionnelles.

Les parties ont comparu à l'audience consacrée au fond tenue par la Présidente le 8 octobre 2019, après que B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ se furent déterminés le 4 octobre 2019 sur la réponse. Au terme de l'audience, la Présidente a fixé un délai aux parties pour produire différentes pièces complémentaires en lien avec leur situation financière respective.

Le 22 novembre 2019, la Présidente a admis la requête d'assistance judiciaire de A. \_\_\_\_\_ pour la période allant du 27 novembre 2018 au 30 juin 2019, mais l'a rejetée pour la suite de la procédure, soit dès le 1<sup>er</sup> juillet 2019.

B. Le 4 décembre 2019, A. \_\_\_\_\_ a interjeté recours contre la décision précitée, concluant à ce que la décision rendue le 22 novembre 2019 soit réformée en ce sens que l'assistance judiciaire totale lui soit accordée pour toute la durée de la procédure d'entretien, ce dès le 27 novembre 2018. Dans le même acte, il a également sollicité l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

Le 9 décembre 2019, la Présidente a transmis les dossiers de première instance, sans se déterminer.

Invités à se déterminer, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont, par écrit du 17 décembre 2019, indiqué qu'ils s'en remettaient à justice.

## en droit

1.

1.1. La décision refusant l'assistance judiciaire est sujette à recours, en application des art. 121 et 319 CPC. Le délai pour interjeter recours contre une décision prise en procédure sommaire, comme c'est le cas en l'espèce (art. 119 al. 3 CPC), est de dix jours à compter de sa notification (art. 321 al. 2 CPC).

Déposé le 4 décembre 2019 contre une décision notifiée le 25 novembre 2019, le recours respecte ce délai (art. 142 al. 3 CPC). Le mémoire est de plus dûment motivé et doté de conclusions, de sorte que le recours est recevable en la forme.

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

1.4. 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 (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).

En l'espèce, la cause au fond pour laquelle l'assistance judiciaire est requise se rapporte à une procédure relative à une demande d'entretien, pour laquelle la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est en principe ouverte (art. 72 al. 1 LTF). La cause est de nature pécuniaire au sens de l'art. 74 al. 1 LTF. Le recours en matière civile est ainsi ouvert, la valeur litigieuse dépassant CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. b LTF).

2.

Le recourant fait valoir que la Présidente a rejeté à tort sa requête d'assistance judiciaire pour la période postérieure au 30 juin 2019 en invoquant que la décision attaquée procède de plusieurs violations du droit et de constatations manifestement inexactes des faits.

2.1. Le recourant reproche d'abord à la première juge d'avoir statué tardivement sur sa requête d'assistance judiciaire créant une incertitude relative aux risques financiers de la procédure. Il soutient que, en statuant sur la requête d'assistance judiciaire presque une année après son dépôt et à l'issue de la procédure de première instance, la Présidente n'a pas statué en temps utile. Vu sa modeste situation financière ainsi que des obligations d'entretien envers ses propres enfants et désormais sa concubine, A. \_\_\_\_\_ pouvait raisonnablement penser que l'assistance judiciaire lui serait octroyée pour toute la durée de la procédure. Pour lui, sa confiance et sa bonne foi doivent être protégées (recours p. 5-6).

2.1.1. L'instruction et la décision relatives à l'assistance judiciaire suivent les règles de la procédure sommaire (art. 119 al. 3 CPC). En règle générale, l'autorité doit statuer sur une requête d'assistance judiciaire avant que le requérant doive entreprendre d'autres démarches procédurales qui occasionneront des frais dans une mesure importante (arrêts TF 4A\_20/2011 du 11 avril 2011 consid. 7.1 ; 1P.345/2004 du 1<sup>er</sup> octobre 2004 consid. 4.3 ; arrêt TC FR A2 2006-77 du 24 juillet

2006, *in* RFJ 2006 382). En particulier lorsque le mandataire se trouve obligé, après le dépôt de la requête, d'entreprendre d'autres démarches de procédure, il est indispensable que l'autorité statue immédiatement sur la requête d'assistance judiciaire, afin que client et mandataire puissent être au clair sur le risque financier que comporte la procédure (arrêt TF 5A\_587/2014 du 5 septembre 2014 consid. 2.4.3 ; 4A\_20/2011 du 11 avril 2011 consid. 7.2.2 et réf. citées). Le simple fait que le tribunal n'a pas respecté les directives de la jurisprudence ne permet pas au requérant d'en déduire un droit à l'octroi de l'assistance judiciaire, indépendamment des conditions que la constitution fédérale pose à ce droit (art. 29 al. 3 Cst.). S'il n'entend pas attendre plus longtemps la décision sur l'assistance judiciaire, il peut et doit au contraire se défendre par un recours pour retard injustifié (art. 319 let. c CPC). Demeurer soi-même inactif, afin d'en déduire plus tard un avantage juridique, n'est pas compatible avec l'impératif, pour toutes les parties à une procédure, de se comporter conformément aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC) (arrêt TF 5A\_62/2016 du 17 octobre 2016 consid. 5.2 non publié *in* ATF 142 III 713).

2.1.2. En l'espèce, le recourant a sollicité dans sa réponse aux mesures provisionnelles du 17 décembre 2018 que le bénéfice de l'assistance judiciaire lui soit accordé avec effet au 27 novembre 2018. Les parties ont comparu à l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles au terme de laquelle la Présidente a notamment imparti au recourant un délai au 21 janvier 2019 pour produire différentes pièces en lien avec sa situation financière. Le 12 février 2019, dans le délai prolongé, A. \_\_\_\_\_ a produit tous les documents alors requis. Alors que la demande au fond a été introduite le 22 mars 2019, le recourant a déposé sa réponse le 23 août 2019, en indiquant dans les préliminaires qu'il avait sollicité l'assistance judiciaire pour toutes les procédures l'opposant à B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ dans son mémoire du 17 décembre 2018. La séance portant sur la cause au fond s'est tenue le 8 octobre 2019, la procédure probatoire y a été close sous réserve des plusieurs pièces à produire par les parties. La décision querellée a été rendue le 22 novembre 2019, soit après que les documents demandés furent produits.

S'il apparaît effectivement que la décision attaquée a été rendue près d'une année après le dépôt de la requête, il importe de souligner que non seulement de nombreux documents requis de la Présidente ont été produits ultérieurement, mais également et surtout que le recourant n'a entrepris aucune démarche auprès de la juge de première instance pour l'inviter à se prononcer plus promptement sur sa requête d'assistance judiciaire, ni n'a déposé de recours pour retard injustifié. Il est ainsi demeuré inactif jusqu'au recours, objet de la présente procédure, contrairement à ce qu'exige la jurisprudence (*supra* consid. 2.1.1).

Partant, ce grief est infondé.

2.2. Le recourant reproche ensuite à la Présidente de n'avoir pris en considération que sa situation économique pour évaluer son droit à l'assistance judiciaire alors même qu'il vit en concubinage dont est issu un enfant commun. Il fallait ainsi procéder à un calcul global en intégrant toutes les ressources et charges de la communauté qu'il forme avec sa concubine. Son droit à l'assistance a dès lors été évalué sur des éléments incomplets et inexacts (recours p. 7-8).

2.2.1. Selon l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b).

Une personne est indigente lorsqu'elle n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. Pour examiner cette question, il convient de prendre en considération l'ensemble de la situation financière du requérant, celui-ci devant indiquer de manière complète et établir autant que faire se peut ses

revenus, sa situation de fortune et ses charges (ATF 135 I 221 consid. 5.1; art. 119 al. 2 CPC). Dans l'examen de la situation financière du requérant, il y a lieu de mettre en balance, d'une part, la totalité de ses ressources effectives et, d'autre part, l'ensemble de ses engagements financiers (ATF 135 I 221 consid. 5.1). Le minimum vital du droit des poursuites élargi constitue un point de départ dans l'examen de la qualité d'indigent; cependant, l'autorité compétente doit éviter de procéder de façon trop schématique, afin de prendre objectivement en considération tous les éléments importants de l'espèce (arrêt TF 5A\_774/2015 du 24 février 2016 consid. 2.1). Il résulte de la notion d'indigence qu'il faut se fonder sur la situation économique actuelle du requérant au moment de l'introduction de la requête d'assistance judiciaire et que seuls peuvent être pris en considération les revenus et éléments de fortune qui existent effectivement et sont disponibles ou qui à tout le moins peuvent être réalisés à court terme (ATF 118 la 369 consid. 4b et c). Le concubinage, en tant que communauté de vie durable entre partenaires, est assimilé au mariage, mais faute de devoir d'assistance, d'une part, et vu la communauté des coûts, d'autre part, il faut en principe prendre en considération la moitié du montant de base du minimum vital (arrêt KGer BL 410 14 231 du 2 décembre 2015 consid. 6.2). Il est toutefois sans importance, pour l'octroi de l'assistance judiciaire, qu'un concubinage soit ou non analogue à un mariage. La jurisprudence sur le calcul du minimum vital du droit des poursuites en cas de concubinage, sur laquelle l'on peut aussi se fonder pour calculer l'indigence dans le cadre de l'assistance judiciaire (arrêts TF 5D\_121/2009 du 30 novembre 2009 consid. 7.7 ; 9C\_859/2008 du 15 décembre 2008 consid. 3.4.1 ; 8C\_1008/2012 du 24 mai 2013 consid. 3.3), tend uniquement à prendre en considération le fait que les concubins aussi supportent normalement les charges du ménage commun au prorata. Cette jurisprudence indique ainsi de quelle manière le minimum vital du concubin qui mène un procès doit être calculé. Cependant, si le requérant ne dispose d'aucun revenu, la question de la détermination de son minimum vital dans le cadre du concubinage ne se pose pas, car tous les frais du ménage commun sont pris en charge par le seul concubin qui réalise un revenu (ATF 142 III 36 consid. 2.3). Par analogie avec la jurisprudence relative au calcul du minimum vital, l'assimilation des rapports de concubinage, dont sont issus des enfants, aux rapports familiaux dans le mariage implique dans le domaine de l'assistance judiciaire que les ressources et les charges du concubin requérant soient calculées comme le sont celles d'un conjoint requérant, sous peine de favoriser l'union libre par rapport à l'union conjugale au détriment de l'Etat. Dans un tel cas, il y a lieu de faire un calcul global en prenant en compte les revenus nets des deux concubins, le montant mensuel de base applicable aux époux, ainsi que l'ensemble des charges de la communauté formée par les partenaires (arrêt TC FR 603 2009-166 du 10 juin 2010 consid. 4).

2.2.2. En l'espèce, il ressort de la décision attaquée que si la Présidente a bien retenu dans les charges du recourant une participation de sa concubine de 50% sur le minimum vital élargi, sa part au logement et sa prime RC-Ménage, en revanche elle n'a pas fait un calcul global tenant compte des revenus nets de deux concubins (décision p. 2). De même, il n'a pas été tenu compte de la prise en charge du nouvel enfant que le recourant a eu avec sa concubine (décision p. 3). Il ressort certes du procès-verbal de l'audience du 8 octobre 2019 que le recourant vit avec sa concubine, leur enfant commun et les trois enfants de celle-ci, qu'à ce moment-là cette dernière travaillait à 50% comme femme de ménage dans une entreprise et qu'il n'aura pas de frais de garde pour l'enfant commun dès lors que sa compagne ne va pas recommencer à travailler (cf. pv séance du 8 octobre 2019 p. 8, DO 56). Toutefois, A.\_\_\_\_\_ n'a, en première instance, produit aucune pièce en lien avec la rémunération de sa concubine, ne le faisant que dans son recours ; ce qui est en soi irrecevable en recours (art. 326 al. 1 CPC). Il convient alors de se demander si la Présidente était tenue, compte tenu des informations à elle données, d'interpeller A.\_\_\_\_\_ afin qu'il lui remette tous documents en lien avec la situation financière de sa concubine et avec les

coûts d'entretien de leur enfant commun. Selon la jurisprudence, si un plaideur est représenté par un avocat, ni l'art. 56 CPC, ni l'art. 97 CPC n'imposent au juge de fixer un délai supplémentaire afin qu'une requête incomplète ou peu claire puisse être corrigée. Si le requérant assisté d'un avocat ne satisfait pas à ses incombances, sa requête peut être rejetée, faute de motivation suffisante ou de preuve de l'indigence (arrêt TF 5A\_716/2018 du 27 novembre 2018 consid. 3.2). La Cour d'appel a ainsi jugé encore récemment que dès lors que la jurisprudence n'admet pour établir l'indigence la prise en compte des impôts que s'il est démontré qu'ils sont payés, l'assistance judiciaire peut être refusée lorsque le justiciable ne présente pas spontanément au juge la preuve de ce paiement, une interpellation n'étant pas nécessaire lorsqu'il est assisté d'un avocat (arrêts TC FR 101 2019 37-39 du 18 mars 2019 consid. 2.2.5 et 101 2018 77 du 11 mai 2018 consid. 2.4). A s'en référer à cette jurisprudence, la Présidente n'était pas tenue d'interpeller A. \_\_\_\_\_ dès lors qu'il était assisté d'un avocat. Cependant, ce n'est pas ce qu'elle a fait dans la mesure où elle a fixé, certes dans la procédure au fond, lors de l'audience du 8 octobre 2019 un délai au recourant pour produire notamment l'ensemble de ses fiches de salaire pour l'année 2019, son certificat de salaire pour 2018, sa police d'assurance maladie pour 2019 pour lui-même et son enfant ainsi que les procès-verbaux de saisie complets indiquant le montant de la créance pour laquelle la saisie est opérée (cf. pv séance du 8 octobre 2019 p. 10, DO 58). Elle n'a en revanche pas demandé de renseignements complémentaires, ni requis la production de pièces en lien avec les revenus de la concubine du recourant et sur les éventuelles contributions d'entretien qu'elle pourrait percevoir du père de ses trois enfants, alors qu'elle a tenu compte du concubinage s'agissant de la répartition des charges. Dans la mesure où la Présidente a considéré qu'une interpellation du recourant se justifiait avant de statuer et qu'elle a d'ailleurs tenu compte des pièces produites après la séance du 8 octobre 2019, elle ne pouvait s'abstenir de demander tous documents en lien avec les revenus de sa concubine, respectivement avec les éventuelles contributions d'entretien perçues pour les trois enfants de cette dernière. Partant, la Présidente a non seulement violé l'art. 56 CPC, mais aussi l'art. 52 CPC, adoptant ainsi un comportement qui contrevient au principe de la bonne foi. Ce grief est dès lors fondé.

Dans la mesure où le recourant a produit en annexe à son recours le décompte de salaire de sa concubine pour le mois de septembre 2019, il se pose la question de savoir si ce fait nouveau est tout de même recevable, nonobstant l'art. 326 al. 1 CPC (*supra* consid. 1.2.), au regard de jurisprudences cantonales qui admettent exceptionnellement des *nova* présentés dans un mémoire de recours lorsque l'instance précédente a violé son devoir d'interpellation à leur égard (arrêts TC VD 2012/21 n 22 du 5 juin 2012 consid. I. et OGer ZH RU 130042-O/U du 10 juillet 2013 consid. 2.1). Dite question peut demeurer en l'état sans réponse dès lors qu'il importe encore de savoir si la concubine du recourant perçoit des contributions d'entretien pour ses trois enfants, fait qui n'a pas été instruit, ce que la Cour d'appel ne saurait être habilitée à faire en instance de recours.

2.3. Le recourant relève encore une erreur de calcul s'agissant de son revenu mensuel moyen net pour la période de janvier 2019 à septembre 2019 qu'il a lieu d'admettre au regard des pièces produites en première instance. Ainsi, ledit salaire moyen est bien de CHF 4'581.45 (CHF 41'232.95 / 9) et non de CHF 4'627.25 (recours p. 8).

2.4. A. \_\_\_\_\_ reproche enfin à la Présidente de ne pas avoir pris en compte le fait qu'il est l'objet, depuis octobre 2019, d'un avis aux débiteurs mensuel de CHF 800.-, en sus de ses saisies de salaire, alors que cela a été formellement allégué dans sa détermination du 25 octobre 2019. Dès lors, son revenu mensuel net depuis octobre 2019 se monte à environ CHF 3'500.- (recours p. 8).

Dans la mesure où la juge de première instance a tenu compte de deux périodes dans la décision querellée et qu'elle n'a pas retenu ce fait dûment allégué avant son prononcé, soit dans la détermination du recourant du 25 octobre 2019 (DO 63), elle a manifestement constaté faussement les faits.

2.5. Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision du 22 novembre 2019 annulée. La Cour d'appel ne pouvant instruire sur les éléments manquants indiqués notamment ci-dessus (*supra* consid. 2.2.2.), la cause doit être renvoyée à la Présidente à charge pour elle de décider si, au vu de la nouvelle instruction, l'assistance judiciaire doit être ou non octroyée au recourant pour la période postérieure au 30 juin 2019.

3.

3.1. La procédure de recours en matière d'assistance judiciaire n'est pas gratuite (ATF 140 III 501 consid. 4.3.2, 137 III 470 consid. 6.5.5). Vu l'admission certes partielle du recours, les frais judiciaires, fixés à CHF 400.-, seront néanmoins mis totalement à la charge de l'Etat, dans la mesure où l'adversaire au fond entendu dans le cadre de la procédure de l'assistance judiciaire ne peut pas être condamné à payer des frais, ni à s'en voir alloué (CR CPC-TAPPY, 2<sup>e</sup> éd. 2019, art. 119 n.27).

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 pour l'essentiel. 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 Telmo Vicente, 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 partiellement admis.

Partant, la décision du 22 novembre 2019 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine est annulée et la cause lui est renvoyée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

Les frais judiciaires sont fixés à CHF 400.-.

Les dépens de A. \_\_\_\_\_ pour la procédure de recours sont fixés à CHF 1'077.-, TVA par CHF 77.- comprise.

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

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 11 février 2020/lsc*

Le Président :

La Greffière :