



**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 4
101 2019 10

Arrêt du 26 juillet 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Laurent Schneuwly
Greffière-rapporteure : Séverine Zehnder

Parties

A._____, **requérante, appelante et intimée**, représentée par
Me Patrik Gruber, avocat

contre

B._____, **défendeur, appelant et intimé**, représenté par
Me Sébastien Pedroli, avocat

Objet

Mesures provisionnelles (modification de jugement de divorce) –
pensions en faveur des enfants mineurs, avances de contributions
d'entretien par la collectivité publique, légitimation passive dans le
procès en modification

Appels des 3 et 10 janvier 2019 contre la décision du Président du
Tribunal civil de la Broye du 21 décembre 2018

considérant en fait

A. A._____, née en 1980, et B._____, né en 1978, se sont mariés en 2006. Deux enfants sont issus de leur union, C._____, née en 2008, et D._____, né en 2012. A._____ est en outre la mère de E._____, né en 2017 d'une relation ultérieure. Le divorce des époux a été prononcé par jugement du 1^{er} juillet 2014: la garde alternée sur les enfants convenue entre les parents a été ratifiée, de même que la prise en charge de leurs coûts, objet d'un accord des parents également.

Le 13 mars 2017, A._____ a déménagé à F._____ et déposé une action en modification du jugement de divorce, assortie d'une requête de mesures provisionnelles, concluant à la garde de C._____ et D._____. De son côté, B._____ a également conclu à la garde des enfants. Le Tribunal civil de la Glâne, par jugement du 26 juin 2017, a attribué la garde des enfants au père, réglé le droit de visite de la mère et astreint cette dernière à contribuer à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension mensuelle de CHF 440.- par enfant du 9 au 28 février 2017, CHF 765.- par enfant de mars à juin 2017, CHF 865.- par enfant de juillet à août 2020, CHF 850.- pour C._____ et CHF 865.- pour D._____ de septembre 2020 à août 2022, puis CHF 450.- par enfant dès le mois de septembre 2022. Ce jugement n'a pas été contesté.

B. Le 1^{er} juin 2018, A._____ est revenue vivre à G._____, ensuite de sa séparation d'avec le père de E._____. Elle a déposé une nouvelle requête en modification du jugement de divorce le 27 juin 2018, concluant à ce que le jugement de divorce du 1^{er} juin 2014 soit repris dans sa forme initiale. Par voie de mesures provisionnelles urgentes, elle a conclu à ce que son obligation d'entretien envers C._____ et D._____ soit levée à compter du 1^{er} juin 2018. Suite à la récusation d'office du Tribunal H._____, [...], la 1^{re} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal a transmis le dossier au Président du Tribunal civil de la Broye (ci-après: le Président du Tribunal). Le 12 juillet 2018, la requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée.

Le 13 août 2018, A._____ a modifié ses conclusions en ce sens que la garde des enfants lui soit confiée, un large droit de visite étant octroyé au père ou, à défaut d'entente, exercé selon les modalités usuelles; elle a également conclu au versement de contributions d'entretien en faveur des enfants de la part du père.

Le 8 octobre 2018, B._____ a conclu au rejet de la requête. Les parties ont comparu à l'audience présidentielle du 30 octobre 2018 – laquelle avait pour objet la tentative de conciliation relative à l'action au fond ainsi que la requête de mesures provisionnelles du 27 juin 2018 (DO/44) – et passé une convention, dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles, relative à la garde et aux modalités du droit de visite sur les enfants. Les contributions d'entretien sont restées litigieuses (DO/62).

Par décision de mesures provisionnelles du 21 décembre 2018, le Président du Tribunal a homologué la convention conclue par A._____ et B._____ quant à la garde des enfants C._____ et D._____ confiée au père et aux modalités du droit de visite de la mère. Il a en outre astreint cette dernière à contribuer à l'entretien convenable des enfants par le versement d'une pension alimentaire de CHF 295.- en faveur de chacun d'eux, dès le 1^{er} juin 2018.

C. Par mémoires respectifs des 3 et 10 janvier 2019, A._____ et B._____ ont interjeté appel à l'encontre de la décision précitée.

A._____ conclut pour sa part, sous suite de frais, à la réformation du chiffre II du dispositif de la décision attaquée, en ce sens qu'à partir du 1^{er} juin 2018, l'obligation d'entretien en faveur de ses enfants C._____ et D._____ soit levée. Elle a également requis d'être mise au bénéfice de

l'assistance judiciaire, ce qui lui a été accordé par arrêt du Président de la Cour du 14 janvier 2019.

Le 30 janvier 2019, B._____ a déposé sa réponse à l'appel de A._____ et conclu à son rejet, sous suite de frais. Il a également sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire, qui lui a été octroyé par arrêt du Président de la Cour du 8 février 2019.

Dans son propre appel, B._____ conclut, sous suite de frais, au rejet de la requête de mesures provisionnelles tendant à la modification des contributions d'entretien, au motif qu'elle n'a pas été introduite à l'encontre du Service de l'action sociale, Pensions alimentaires, subrogé dans l'encaissement des contributions d'entretien. En outre, il a requis l'octroi de l'assistance judiciaire, de même que son appel soit muni de l'effet suspensif.

Par arrêt du 14 janvier 2019, le Président de la Cour a accordé l'assistance judiciaire à B._____.

Dans sa réponse du 31 janvier 2018, A._____, sous suite de frais, a conclu au rejet tant de l'appel que de la requête d'effet suspensif. Elle a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel introduite par B._____, ce qui lui a été accordé par arrêt du Président de la Cour du 8 février 2019.

Quant à la requête d'effet suspensif, elle a été rejetée par arrêt du Président de la Cour du même jour.

en droit

1.

1.1. Les parties ayant toutes deux interjeté appel contre la décision du 21 décembre 2018, les causes 101 2019 4 et 101 2019 10 sont jointes (art. 125 let. c CPC), pour des raisons évidentes d'économie de procédure.

1.2. L'appel est recevable 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 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 aux mandataires des parties les 24 et 31 décembre 2018. Déposés respectivement les 3 et 10 janvier 2019, les appels ont dès lors été interjetés en temps utile. Les mémoires d'appel sont, de plus, dûment motivés et dotés de conclusions. En outre, vu notamment les contributions d'entretien dont A._____ demande à être libérée en faveur des enfants (CHF 850.- au minimum par enfant du 1^{er} juin 2018 au 31 août 2022, puis CHF 450.- par enfant dès le 1^{er} septembre 2022), ce que B._____ conteste, de même que la durée indéterminée des mesures prononcées, la valeur litigieuse en appel est clairement supérieure à CHF 10'000.-. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

1.3. 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 relatives à des

enfants mineurs, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

1.4. La cognition de la Cour d'appel 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 la jurisprudence la plus récente (ATF 144 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.

1.6. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, dans la mesure où toutes les pièces utiles au traitement de l'appel figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience devant la Cour.

1.7. Vu les montants contestés en appel, tout comme la durée en l'état indéterminée des contributions dues, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral paraît supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

2.

A. _____ remet en question le montant des contributions fixées par le premier juge en faveur de ses enfants, concluant à être libérée de tout versement, au vu de sa situation financière, tandis que B. _____ conteste le bien-fondé tant de l'action en modification du jugement de divorce que de la requête de mesures provisionnelles, dans la mesure où l'action principale aurait dû être dirigée également contre le Service de l'action sociale, Pensions alimentaires, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Compte tenu de l'incidence que pourrait avoir sur la cause l'admission de l'appel de B. _____, il se justifie de le traiter en priorité.

2.1. A teneur de l'art. 289 al. 2 CC, la prétention à la contribution d'entretien passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à la collectivité publique lorsque celle-ci assume l'entretien de l'enfant. Le transfert de droit selon l'art. 289 al. 2 CC est une cession légale (subrogation au sens de l'art. 166 CO; ATF 137 III 193 consid. 2.1). La cession légale comprend également les créances futures d'entretien dont il est déjà établi qu'elles devront être avancées (ATF 137 III 193 consid. 3.6). Lorsque la collectivité publique fournit une aide qui se situe en deçà de la prétention à l'entretien de l'enfant, elle n'est subrogée dans les droits de celui-ci que jusqu'à concurrence des prestations versées; pour le surplus, l'enfant conserve la qualité de créancier des contributions d'entretien dues par les père et mère. Si la collectivité publique n'est que partiellement subrogée dans les droits de l'enfant, ce dernier conserve la qualité pour agir, mais il est opportun d'assurer une représentation commune de l'enfant et de la collectivité publique. Partant, le débiteur de la contribution doit (aussi) actionner la collectivité lorsqu'il entend faire réduire, respectivement supprimer le montant de son obligation d'entretien. Dans cette mesure, en cas de subrogation partielle, l'enfant (respectivement son représentant) et la collectivité sont conjointement investis de la légitimation passive (arrêt TF 5A_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 4.1 et 4.2). Dans un arrêt ultérieur publié, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence, précisant que la collectivité publique doit alors pouvoir combattre une demande de réduction, respectivement de suppression des contributions d'entretien qui, à son avis, est infondée, car c'est tant dans l'intérêt de l'enfant que dans le sien. Sans la qualité de partie – conférée par la légitimation passive –, ceci ne serait pas possible car la collectivité publique ne peut pas être incluse dans la procédure, faute de base juridique correspondante (arrêt TF 5A_399/2016 du 6 mars 2017 consid. 6, publié in ATF 143 III 177 et traduit au JdT 2017 II 391). Dans un article publié dans la revue AJP/PJA (Aktuelle

Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle), les auteurs HIRSCHLEHNER et BECK, citant d'autres auteurs, ajoutent que le juge doit, en vertu de la maxime inquisitoire et pour le cas où il paraît probable que des avances ont été versées, non seulement interroger les parties, mais également donner la possibilité au débiteur d'entretien de modifier son mémoire et le rendre attentif à la conséquence en résultant s'il ne le fait pas, à savoir le rejet de son droit (HIRSCHLEHNER/BECK, Die Passivlegitimation des bevorschussenden Gemeinwesens, in AJP/PJA 2018 p. 1063).

2.2. En l'espèce, il ressort du dossier que le 15 juin 2018, B. _____ a cédé à l'Etat de Fribourg, Service de l'action sociale, Pensions alimentaires, ses droits pécuniaires à l'encontre de A. _____ à concurrence des contributions dues en faveur de leurs enfants (DO/31). Par décision du 21 juin 2019, ledit service a octroyé une avance mensuelle de contribution d'entretien totale de CHF 800.- dès le mois de juin 2018, à concurrence de CHF 400.- par enfant, en cas de non-paiement de la part du débiteur d'aliments (DO/32 s.). De plus, par courrier du 7 août 2018, le mandataire de A. _____, conscient de la situation, a avisé le Président du Tribunal de la cession intervenue et sollicité que le litige soit également dénoncé au Service de l'action sociale, Pensions alimentaires, bénéficiaire de la cession du 15 juin 2018 (DO/30). Il n'a toutefois pas modifié son mémoire quant à la désignation des parties. Partant, le Président du Tribunal devait rejeter la requête de mesures provisionnelles en tant qu'elle portait sur la libération des contributions dues à compter du 1^{er} juin 2018, l'entretien des enfants étant assuré depuis cette date par la collectivité publique et cet état de fait étant connu des parties. L'argumentation de A. _____ dans sa réponse du 31 janvier 2019 ne résiste pas à cette appréciation. Tout d'abord, c'est à tort qu'elle soutient que B. _____ ne s'est pas opposé à cette problématique en première instance, puisque dans sa réponse du 8 octobre 2018 à la requête du 27 juin 2018, il a précisément conclu au rejet de la requête, entre autres pour ce motif (DO/53 s.). Enfin, la cession mentionne précisément que le soussigné – en l'espèce B. _____ – "*reste cependant titulaire de sa créance relevant du droit de base à l'entretien, en particulier dans le cadre de l'action en modification de l'entretien aux côtés du Service de l'action sociale dans les cas où il a accordé des avances de contribution d'entretien*" (DO/31).

2.3. Il s'ensuit l'admission de l'appel de B. _____ sur ce point et, par là même, le rejet de la requête tendant à la suppression des contributions dues, lesquelles seront dès lors maintenues aux montants fixés dans la décision du 26 juin 2017. Ce constat scelle également le sort de l'appel de A. _____, qui doit être rejeté.

2.4. L'issue de la cause ne remet cependant pas en question l'accord intervenu entre les parties à l'audience du 30 octobre 2018, à l'aune du bien des enfants, portant sur la garde de ceux-ci et les modalités du droit de visite durant la procédure au fond.

3.

3.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 et 2 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante; lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause. 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).

3.2. En l'espèce, B. _____ voit son appel admis (partiellement quant aux frais de première instance [cf. *infra* consid. 3.3]), tandis que celui de A. _____ est, par voie de conséquence, rejeté. Par ailleurs, les deux parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire, de sorte que d'éventuels dépens ne pourraient vraisemblablement être encaissés qu'avec difficulté. Enfin, la cause relève du droit de la famille, soit une matière pour laquelle la volonté du législateur était de laisser une certaine souplesse au juge lorsqu'il attribue les frais. Dans ces conditions, il est

adéquat de décider ici que, pour la procédure d'appel, chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais de justice dus à l'Etat, fixés forfaitairement à CHF 1'000.- (art. 95 al. 2 let. b CPC), le tout sous réserve de l'assistance judiciaire.

3.3. Quant aux frais de première instance, la décision querellée n'étant pas finale, c'est à juste titre qu'ils ont été réservés (art.104 al. 3 CPC); il n'y a donc pas lieu de faire application de l'art. 318 al. 3 CPC et le chef de conclusion formulé par B._____, tendant à la mise des frais à charge de la partie adverse, ne peut qu'être rejeté.

la Cour arrête :

I. La jonction des causes 101 2019 4 et 101 2019 10 est ordonnée.

II. L'appel de B._____ est partiellement admis.

L'appel de A._____ est rejeté.

Partant, le chiffre II du dispositif de la décision de mesures provisionnelles prononcée le 21 décembre 2018 par le Président du Tribunal civil de la Broye est modifié comme suit:

" II. La requête de mesures provisionnelles tendant à la suppression de l'obligation d'entretien fixée dans la décision du 26 juin 2017 rendue par le Président du Tribunal civil de la Glâne est rejetée. "

III. Sous réserve de l'assistance judiciaire, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat pour le présent arrêt, fixés à CHF 1'000.-.

III. 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 26 juillet 2019/sze

Le Président :

La Greffière-rapporteure :