



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00

[www.fr.ch/tc](http://www.fr.ch/tc)

101 2023 185

## **Arrêt du 8 août 2023**

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

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Dina Beti, Laurent Schneuwly  
Greffière-rapporteuse : Francine Pittet

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **requérante** et **recourante**, représentée par  
Me Christian Delaloye, avocat

contre

**B.**\_\_\_\_\_, **intimé**, représenté par Me Manuela Bracher Edelmann,  
avocate

#### **Objet**

Répartition des frais de l'expertise familiale dans l'ordonnance de  
preuve

Recours du 5 juin 2023 contre la décision de la Présidente du Tribunal  
civil de l'arrondissement de la Sarine du 25 mai 2023

## considérant en fait

A. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ se sont mariés en 2008 et sont les parents de deux enfants, C. \_\_\_\_\_, né en 2008, et D. \_\_\_\_\_, née en 2015.

B. Dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale initiée le 2 mai 2022 par A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ a, par courrier du 8 février 2023, requis qu'une expertise familiale soit ordonnée. Par décision du 25 mai 2023, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après : la Présidente) a rendu une ordonnance d'instruction dans laquelle elle a ordonné la mise en œuvre d'une expertise familiale (chiffres 1. à 3. du dispositif), mis pour moitié à la charge de chaque partie les frais relatifs à cette expertise (chiffre 4. du dispositif) et réservé les frais judiciaires et les dépens (chiffre 5. du dispositif).

C. Par mémoire du 5 juin 2023, A. \_\_\_\_\_ a interjeté recours à l'encontre de l'ordonnance d'instruction, plus précisément sur la répartition des frais de l'expertise familiale prévue au chiffre 4. du dispositif. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que le chiffre 4. soit annulé et, principalement, à ce qu'une avance de frais relative à l'expertise familiale soit mise à la charge de B. \_\_\_\_\_, subsidiairement, à ce que les frais relatifs à l'expertise familiale soient mis à la charge de B. \_\_\_\_\_, ainsi que sub-subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Invité à se déterminer, B. \_\_\_\_\_ a, par mémoire du 27 juin 2023, conclu, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, l'ordonnance d'instruction devant par conséquent être confirmée.

Le 7 juillet 2023, A. \_\_\_\_\_ a déposé une réplique spontanée.

## en droit

1.

1.1. Afin d'examiner la recevabilité du recours, il convient tout d'abord de déterminer sur quelle base légale le recours se fonde.

1.1.1. La Présidente a libellé « ordonnance d'instruction » sa décision du 25 mai 2023. Elle a notamment décidé de mettre en œuvre une expertise familiale et de répartir les frais relatifs à cette expertise par moitié à la charge des parties.

1.1.2. En vertu de l'art. 154 CPC, les ordonnances de preuves sont rendues avant l'administration des preuves. Elles désignent en particulier les moyens de preuve admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve. Elles peuvent être modifiées ou complétées en tout temps.

L'ordonnance de preuves, qui doit précéder l'administration des preuves (art. 154 CPC), et la nomination de l'expert sont des ordonnances d'instruction (ATF 147 III 582 consid. 4.4.).

Conformément à l'art. 319 let. b CPC, le recours est recevable contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (ch. 1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (ch. 2).

Selon l'art. 110 CPC, la décision sur les frais ne peut être attaquée séparément que par un recours.

1.1.3. En déclarant le recours possible pour attaquer isolément une décision sur les frais, l'art. 110 CPC consacre un cas prévu par la loi au sens de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC. A défaut d'appel possible, le recours *stricto sensu* sera donc toujours ouvert, même si le tribunal n'a pas statué dans le cadre d'une décision finale, incidente ou provisionnelle au sens de l'art. 319 let. a CPC, sans qu'il y ait lieu d'examiner l'existence d'un risque de préjudice difficilement réparable selon l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. Il s'agira d'un recours immédiat même au sujet d'une décision séparée n'empêchant pas le procès de se poursuivre, et une décision sur les frais non attaquée immédiatement ne pourra l'être dans un appel ou un recours ultérieur contre la décision finale, même dans les cas où l'art. 237 al. 2 CPC ne serait pas directement applicable (CR CPC – TAPPY, 2<sup>e</sup> éd. 2019, art. 110 n. 8).

1.1.4. Les parties qualifient toutes deux la décision attaquée d'ordonnance d'instruction. Cependant, la recourante est d'avis que le prononcé querellé concernant la fixation des frais en son chiffre 4. constitue plutôt une « autre décision » au sens de l'art. 319 let. b CPC, puisque son prononcé marque définitivement le cours des débats et déploie, dans cette mesure, autorité et force de chose jugée à l'encontre des parties. Elle se base donc sur l'art. 110 CPC, qui renvoie à l'art. 319 let. b ch. 1 CPC pour établir la recevabilité de son recours. Quant à l'intimé, il estime que le recours est irrecevable dans la mesure où l'ordonnance d'instruction attaquée ne cause pas de préjudice difficilement réparable à la recourante, le recours ne portant que sur des considérations économiques, alors que seul devrait compter l'intérêt des enfants dans une affaire de droit de la famille.

1.1.5. En ce qu'elle concerne la mise en œuvre de l'expertise, il est juste et non contesté que la décision attaquée est une ordonnance d'instruction. Un recours contre une telle décision n'est possible qu'en présence d'un préjudice difficilement réparable. Toutefois, la recourante ne conteste pas la mise en œuvre de l'expertise, mais uniquement la répartition des frais telle qu'opérée par la Présidente. Elle se fonde donc sur l'art. 110 CPC qui institue un recours *stricto sensu* au sens de l'art. 319ss CPC, lequel est toujours ouvert sans qu'il y ait lieu d'examiner l'existence d'un risque de préjudice difficilement réparable. Enfin, la recourante, sans recours immédiat sur la répartition des frais, n'aurait plus la possibilité d'attaquer celle-ci dans le cadre d'un éventuel appel contre la décision au fond.

1.1.6. Vu ce qui précède, la décision litigieuse, bien qu'étant une ordonnance d'instruction, peut donc faire l'objet d'un recours indépendant en ce qui concerne la répartition des frais sur la base de l'art. 110 CPC.

1.2. Le délai pour recourir est de 10 jours pour les décisions prises en procédure sommaire et les ordonnances d'instruction (art. 321 al. 2 CPC), ce qui est le cas en l'espèce. En effet, la décision attaquée sur les frais a été prise dans une ordonnance d'instruction, qui elle-même a été prise dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale auxquelles la procédure sommaire s'applique. Interjeté le 5 juin 2023, le recours contre la décision notifiée le 26 mai 2023 a ainsi été déposé en temps utile.

1.3. Dûment motivé et doté de conclusions, le recours est recevable sur la forme.

1.4. La cognition de la Cour 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, allégations de faits et preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

1.5. La Cour statue sur pièces, conformément à la possibilité prévue par l'art. 327 al. 2 CPC.

1.6. Dans la mesure où les frais d'une expertise familiale ne devraient pas atteindre la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral, qui est de CHF 30'000.-, la voie du recours en matière civile ne semble pas ouverte (art. 74 al. 1 let. b LTF).

2.

La recourante invoque en premier lieu une violation de l'art. 104 CPC.

2.1. Selon l'art. 104 CPC, le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision au fond (al. 1) ; en cas de décision incidente (art. 237 CPC), les frais encourus jusqu'à ce moment peuvent être répartis (al. 2) ; la décision sur les frais des mesures provisionnelles peut être renvoyée à la décision finale (al. 3).

L'art. 104 al. 1 CPC pose le principe selon lequel la fixation des frais judiciaires et des dépens intervient en règle générale dans la décision finale, au sens de l'art. 236 CPC. Il n'y aura donc normalement pas une décision séparée à leur sujet. Les al. 2 et 3 prévoient des exceptions, en cas de décision incidente ou de mesures provisionnelles. Par décision finale, il faut entendre toute décision qui met un terme à la procédure, qu'il s'agisse d'un jugement sur le fond ou d'une décision de non-entrée en matière, ou encore de décisions constatant que la procédure est devenue sans objet, conformément aux art. 242 ou 291 al. 3 CPC. Lorsqu'il statue sur les frais, le tribunal doit d'abord en fixer le montant, puis décider de la mesure dans laquelle chaque partie devra les supporter. Les décisions qui relèvent de la conduite du procès (art. 124 al. 1 CPC), telles les ordonnances d'instruction, ne constituent pas des décisions incidentes, de sorte qu'elles ne peuvent pas prévoir une répartition des frais au sens de l'art. 104 al. 2 CPC (PC CPC-STOUDMANN, 2021, art. 104 n. 1-8).

2.2. Dans le cadre de son ordonnance de preuves, la Présidente a réparti les frais relatifs à l'expertise familiale par moitié à la charge de chaque partie, tout en réservant les autres frais. Elle a justifié cette répartition des frais par le fait que la mise en œuvre d'une expertise familiale n'était pas inutile ou superflue, comme l'a soutenu la recourante, mais qu'au contraire, elle s'imposait dans l'intérêt des enfants.

2.3. La recourante reproche à la Présidente d'avoir fixé le sort final des frais relatifs à l'expertise familiale déjà au stade de l'ordonnance de preuves, alors que cette décision n'est pas finale au sens de l'art. 236 CPC. L'intimé, quant à lui, trouve que c'est à juste titre que la Présidente a réparti les frais relatifs à l'expertise familiale à raison de la moitié à charge de chacune des parties.

2.4. D'emblée, il est relevé que la formulation de la décision attaquée est claire et ne laisse pas de doute sur une éventuelle erreur de rédaction entre répartition des frais au sens des art. 106ss CPC et demande d'avance de frais au sens de l'art. 102 CPC. En effet, la Présidente a réparti les frais liés à l'expertise tout en renvoyant les autres frais judiciaires et les dépens à la décision finale. Une telle décision séparée sur les frais n'est toutefois envisageable que pour les décisions incidentes au sens de l'art. 237 CPC et pour les décisions de mesures provisionnelles. Les ordonnances d'instruction ne constituent pas des décisions incidentes ou de mesures provisionnelles, la Présidente ne pouvait pas, sur la base de l'art. 104 CPC, fixer la répartition des

frais relatifs à l'expertise familiale dans l'ordonnance de preuves attaquée. Ces frais devront être chiffrés et répartis en vertu des art. 106 à 109 CPC dans le cadre de la décision finale.

2.5. Le recours doit donc être admis sur ce point et le chiffre 4. du dispositif de l'ordonnance d'instruction du 25 mai 2023 sera annulé.

3.

La recourante soulève en second lieu la violation de l'art. 102 CPC.

3.1. En vertu de l'art. 102 CPC, chaque partie avance les frais d'administration des preuves qu'elle requiert (al. 1) ; lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve, chacune avance la moitié des frais (al. 2) ; si l'avance n'est pas fournie par une partie, elle peut l'être par l'autre partie, faute de quoi, les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires dans lesquelles le tribunal doit établir les faits d'office est réservée (al. 3). Les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours (art. 103 CPC).

L'art. 102 CPC règle les avances liées à des frais d'administration des preuves. Celles-ci couvrent notamment les honoraires dus aux experts. Contrairement aux avances couvrant les émoluments forfaitaires et les frais généraux du tribunal, qui ne peuvent être exigées que du demandeur (art. 98 CPC), les frais d'administration des preuves doivent être avancés par la partie qui les requiert (al. 1). L'al. 2 prévoit le principe d'un partage par moitié lorsque deux parties requièrent l'administration de la même preuve. Finalement, l'al. 3 organise la sanction de l'absence de versement de telles avances, tout en réservant les cas où le tribunal doit administrer les preuves d'office. Le montant de l'avance doit être estimé selon le montant prévisible des coûts de la mesure d'instruction. Pour les expertises, le juge peut au préalable interpellier l'expert pressenti, afin de déterminer le montant prévisible de ses honoraires. L'art. 102 CPC ne régit que les avances, et non le sort final de celles-ci, qui sera réglé dans la décision finale sur les frais (art. 104 CPC). Selon le texte légal, il est déterminant de savoir quelle partie a demandé la preuve concernée. L'art. 102 al. 1 CPC est de nature impérative : le tribunal ne peut pas décider d'une autre répartition. Il ne peut pas non plus dispenser de l'avance la partie instante à une preuve, en dehors des cas d'assistance judiciaire ou de procédures pour lesquelles la loi prévoit la gratuité. Dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire illimitée, comme celles dans lesquelles les intérêts des enfants sont en jeu (art. 296 CPC) ou celles devant l'autorité de protection de l'adulte (art. 446 CC), la règle de l'art. 102 al. 3 CPC implique en principe qu'à défaut d'avance par les parties, la preuve utile devra être administrée même si le tribunal n'a pas la garantie que son coût soit couvert. Si le tribunal doit établir les faits d'office et qu'il ordonne l'administration d'une preuve sans qu'une avance n'ait été versée, les frais y relatifs peuvent tout de même finalement être mis à la charge des parties ou de l'une d'entre elles selon les règles des art. 106 ss CPC (PC CPC-STOUDMANN, art. 102 n. 1-3, 5-6, 14, 18).

Lorsque la maxime inquisitoire pure s'applique, l'expertise ne peut pas être subordonnée à une avance de frais (BOHNET/FITZI, Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile, n. 56, in BOHNET/DUPONT, L'expertise en procédure, 2022). La Cour suprême du canton de Zurich exclut de contraindre les parties à verser des avances de frais pour l'administration des preuves en cas de litige portant sur des enfants (OGer ZH PC130057 du 20 janvier 2014 ; BSK ZPO - RÜEGG/RÜEGG, 3<sup>e</sup> éd. 2017, art. 102 n. 6).

3.2. Il ressort du dossier qu'aucune avance de frais n'a été demandée en vue de l'administration de l'expertise familiale ordonnée.

3.3. La recourante estime que la Présidente aurait dû demander à l'intimé de prêter une avance de frais pour l'administration de l'expertise familiale, qu'il a requise, conformément à l'art. 102 CPC.

L'intimé relève qu'il n'est pas question d'une avance de frais de l'ordonnance querellée. Il admet avoir demandé l'administration de cette preuve, mais est d'avis que l'expertise a été ordonnée d'office par la Présidente, en application de la maxime inquisitoire illimitée, afin de préserver l'intérêt des enfants, l'objectif de cette expertise étant de déceler les causes de la souffrance des enfants en évaluant les compétences éducatives des parents et les besoins des enfants. Il estime dès lors admissible de faire porter les frais d'expertise familiale par moitié aux parents sans demander d'avance de frais. Il a en outre relevé qu'il n'était pas usuel de demander une avance de frais lors de la mise en œuvre d'une expertise familiale.

3.4. L'art. 102 CPC, qui est de nature impérative, prévoit expressément que l'avance de frais pour l'administration d'une preuve doit être prestée par la partie qui la requiert. En l'espèce, c'est l'intimé, qui ne le conteste pas, qui a requis qu'une expertise familiale soit mise en œuvre. Sur le principe, il lui appartient d'effectuer une avance de frais en vue de couvrir les honoraires de l'expert. Toutefois, dans la mesure où la cause est régie par la maxime inquisitoire illimitée, même si l'intimé ne devait pas verser cette avance, la Présidente devrait tout de même mettre en œuvre l'expertise familiale qu'elle a ordonnée afin d'établir les faits d'office. Les frais d'expertise seront ensuite répartis dans la décision finale selon les art. 106ss CPC.

L'absence de conséquence sur la mise en œuvre de la preuve si l'avance de frais n'est pas fournie dans le cadre de procédures où la maxime inquisitoire illimitée s'applique a amené le Tribunal cantonal zurichois à ne pas contraindre les parties à verser de telles avances pour les litiges portant sur les enfants. Cette analyse peut être retenue, ce d'autant plus qu'exiger des avances de frais contribuerait à retarder la mise en œuvre de la preuve, dans le cas d'espèce l'expertise familiale. Il est toutefois rappelé que les frais de l'expertise familiale sont des frais judiciaires, lesquels seront répartis entre les parties dans la décision finale.

3.5. Partant, dans la mesure où l'expertise familiale ne peut être subordonnée à une avance de frais, la procédure relevant de la maxime inquisitoire illimitée, la Présidente n'a pas violé l'art. 102 CPC en ne mettant pas à charge de l'intimé une telle avance. Le recours est donc rejeté sur ce point.

4.

4.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 et 2 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante ; lorsqu'aucune d'elles 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). Selon l'art. 107 al. 2 CPC, les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige.

Sont notamment des frais qui ne sont imputables ni aux parties ni à des tiers ceux qui sont provoqués par une grave erreur de procédure du juge, p.ex. si la décision est annulée parce que le magistrat a violé le droit d'être entendu d'une partie. N'importe quelle erreur ne suffit pas : elle doit être particulièrement grave. Comme un recours est alors nécessaire pour corriger cette erreur, les frais judiciaires de deuxième instance peuvent être laissés à la charge du canton, pour autant que la partie adverse n'ait pas conclu au rejet du recours (PC CPC-STOUDMANN, art. 107 n. 42).

4.2. En l'espèce, le recours est partiellement admis. Si la recourante obtient l'annulation du point 4. de la décision querellée, elle échoue à faire mettre une avance de frais pour l'expertise familiale à la charge de l'intimé. La Présidente ayant statué à tort sur la répartition des frais en dehors de la

décision finale, il aurait été envisageable de mettre une partie des frais judiciaires à la charge du canton. Cependant, l'intimé, en concluant à l'irrecevabilité du recours, respectivement à son rejet, succombe concernant la répartition des frais de l'expertise familiale, de sorte que les frais pour le recours doivent être mis à sa charge sur ce point. Au vu de ce qui précède, il se justifie que les frais de recours soient répartis à raison de 1/3 à la charge de A. \_\_\_\_\_ et de 2/3 à la charge de B. \_\_\_\_\_.

4.3. Les frais judiciaires de recours sont fixés forfaitairement à CHF 300.- (art. 95 al. 2 let. b CPC). Ils seront prélevés sur l'avance de frais du même montant prestée par la recourante, qui aura droit au remboursement d'un montant de CHF 200.- par l'intimé.

4.4. 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 au sens de l'art. 110 CPC est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. g et al. 2 RJ).

En l'espèce, compte tenu de ces critères et du fait que le recours ne portait que sur la répartition de frais, il se justifie de fixer à CHF 900.-, débours compris, plus la TVA par CHF 69.30, les dépens de chaque partie pour la procédure de recours. Compte tenu de la répartition des frais retenue, et après compensation, B. \_\_\_\_\_ sera astreint à verser CHF 300.-, TVA par CHF 23.10 en sus, à A. \_\_\_\_\_ à ce titre.

*(dispositif en page suivante)*

## la Cour arrête :

I. Le recours est partiellement admis.

Partant, le chiffre 4. du dispositif de l'ordonnance d'instruction du 25 mai 2023 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine est annulé.

L'ordonnance d'instruction du 25 mai 2023 est maintenue pour le surplus.

II. Les frais pour la procédure de recours sont mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ à raison de 2/3 et de A. \_\_\_\_\_ à raison de 1/3.

III. Les frais judiciaires sont fixés à CHF 300.-. Ils seront prélevés sur l'avance de frais prestée par A. \_\_\_\_\_, qui a droit au remboursement d'un montant de CHF 200.- par B. \_\_\_\_\_.

IV. Les dépens pour la procédure de recours de chaque partie sont fixés à CHF 900.-, TVA par CHF 69.30 en sus. Après compensation, B. \_\_\_\_\_ est reconnu devoir à A. \_\_\_\_\_ un montant de CHF 300.-, TVA par CHF 23.10 en sus, à ce titre.

V. 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 8 août 2023/fpi*

Le Président

La Greffière-rapporteure