



CANTON DE FRIBOURG / KANTON FREIBURG

Tribunal cantonal
Kantonsgericht

101 2012-19

Arrêt du 25 avril 2012

I^e COUR D'APPEL CIVIL

COMPOSITION

Président : Hubert Bugnon
Juges : Adrian Urwyler, Françoise Bastons Bulletti
Greffière : Sonia Bulliard Grosset

PARTIES

A._____, **requérante** et **recourante**, représentée par Me Paolo Ghidoni, avocat

contre

B._____, **intimé**, représenté par Me Louis-Marc Perroud, avocat

OBJET

Appel sur mesures provisionnelles

Appel du 20 janvier 2012 contre le jugement du Président du Tribunal civil de la Sarine du 11 janvier 2012

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. A._____, née en 1970, et B._____, né en 1968, sont divorcés selon jugement rendu le 16 décembre 2003 par le Président du Tribunal civil de la Sarine. Selon ce jugement, les enfants C._____, née en 1998, et D._____, fils de l'épouse né en 1991 et adopté par le mari, sont demeurés sous l'autorité parentale conjointe de A._____ et B._____, leur garde étant confiée à B._____.

B. Par mémoire du 20 juillet 2011, A._____ a requis des mesures provisionnelles aux fins qu'il soit "pris acte" qu'elle exerce la garde de sa fille C._____ depuis le 1^{er} août 2010 et que le père soit astreint à contribuer à son entretien par une pension mensuelle de 1'000 fr., d'éventuelles allocations familiales étant payables en sus.

Par acte du même jour D._____ a lui aussi requis des mesures provisionnelles pour obtenir une contribution d'entretien de 1'000 fr.

Dans son ordonnance du 11 janvier 2012 rendue sur les deux causes jointes, le Président du Tribunal civil de la Sarine a pris acte que C._____ séjourne depuis le 1^{er} août 2010 chez sa mère A._____ qui en assume la garde, dit qu'aucune contribution n'est due en faveur de C._____, imparti un délai de 30 jours dès notification de la décision à A._____ pour ouvrir action au fond faute de quoi les mesures ordonnées deviendront caduques, réservé les frais de la cause de celle-ci, rejeté la requête de D._____ et mis les frais de cette cause à sa charge.

C. Le 20 janvier 2012, A._____ a interjeté appel à l'encontre de l'ordonnance précitée, concluant à la modification de son chiffre 2 dans le sens que l'intimé soit astreint à contribuer à l'entretien de sa fille par une pension mensuelle de 1'000 fr., d'éventuelles allocations familiales étant payables en sus. Elle requiert en outre l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Par mémoire séparé, D._____ a lui aussi interjeté appel.

D. Par arrêts du 13 février 2012, la Cour de céans a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à A._____ et à D._____ pour la procédure d'appel.

E. Le 27 février 2012, B._____ a déposé sa réponse, concluant au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

F. Sur requête du Président de la Cour de céans, le Président du Tribunal civil de la Sarine a indiqué que A._____ avait introduit une action en modification du jugement de divorce dans le délai de trente jours qui lui avait été imparti, qu'une audience de conciliation a été tenue par-devant le Tribunal civil et un délai imparti au défendeur pour répondre.

L'intimé s'est déterminé sur ce courrier le 17 avril 2012 et la recourante le 18 avril 2012.

e n d r o i t

1. a) 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 soit supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures provisionnelles (art. 303 et 248 let. d CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'ordonnance attaquée a été notifiée au mandataire de la recourante le 12 janvier 2012. Déposé le 20 janvier 2012, 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 quotité de la pension réclamée et contestée durant l'instance précédente (cf. Message *in* FF 2006 6841/6978), la valeur litigieuse est clairement supérieure à 10'000 francs. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

b) Comme déjà dit, la procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures provisionnelles, le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 296 al. 1 CPC).

c) La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC).

d) Vu les motifs ci-après, la Cour décide de statuer sur pièces (art. 316 al. 1 CPC). L'audience assignée au 23 mai 2012 est donc annulée.

2. La recourante reproche au premier juge d'avoir rejeté sa requête de mesures provisionnelles. Or, avant d'examiner les griefs invoqués sur le fond, il convient de déterminer si cette requête était recevable, cet examen devant être opéré d'office (art. 60 CPC).

En application de l'art. 284 al. 3 CPC, la procédure de divorce sur requête unilatérale s'applique par analogie à la procédure contentieuse de modification. Aux termes de l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, les dispositions régissant la protection de l'union conjugale étant applicables par analogie. Selon la doctrine, contrairement à la solution ordinaire de l'art. 263 CPC, le dépôt d'une requête de mesures provisionnelles n'est possible qu'à partir de la litispendance du procès au fond (CPC-Tappy, art. 276 N 9 et réf.). Cet auteur ajoute qu'il n'est pas douteux que cette règle subsiste et qu'elle découle implicitement de la place de l'art. 276 CPC après les art. 274 et 275 relatifs respectivement à la litispendance en matière de divorce et au droit de mettre fin à la vie commune (du même avis : I. CHASSÉ *in* Handkommentar ZPO éd. Baker/Mckenzie, Berne 2010, Art. 276 N 4). Or, 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. Dans un arrêt récent du 22 novembre 2011 (5A_317/2011 consid. 3.2), le Tribunal fédéral a clairement rappelé que « *dès le début de la litispendance, chaque époux peut mettre fin à la vie commune pendant la durée du procès et demander au juge des mesures provisionnelles d'ordonner toutes les mesures nécessaires à l'organisation de la vie séparée. Avant que l'action en divorce ne soit pendante, c'est le juge des mesures protectrices de l'union conjugale qui est compétent pour le faire.* ». Il faut de plus

préciser que l'art. 276 CPC est une *lex specialis* par rapport aux règles générales sur les mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC).

Compte tenu de ce qui précède, il n'est dès lors 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. Cela signifie aussi que la litispendance subséquente ne saurait avoir pour conséquence de valider le dépôt de mesures provisionnelles requises avant tout procès au fond.

Au vu de ce qui précède, le Président n'aurait même pas dû entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles du 20 juillet 2011, déposée hors procédure au fond. Il s'ensuit que l'appel, manifestement infondé, ne peut qu'être rejeté. La décision attaquée sera néanmoins d'office réformée, en ce sens que la requête est irrecevable, et non rejetée.

3. a) Les frais d'appel doivent être mis à la charge de A._____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils comprennent notamment les frais de justice dus à l'Etat pour l'appel, fixés forfaitairement à 400 fr. (art. 95 al. 2 let. b CPC), sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée.

Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Ceux-ci avaient été réservé par l'ordonnance attaquée. Vu l'irrecevabilité de la requête du 20 juillet 2011, le dispositif de cette ordonnance sera modifié en ce sens que les frais sont mis à la charge de A._____, qui succombe.

b) Vu le sort des conclusions et requêtes respectives, la nature, la difficulté et l'ampleur de la procédure, le travail nécessaire de l'avocat, l'intérêt et la situation économique des parties ainsi que le fait qu'une réponse semblable a été déposée dans le cadre de l'appel de D._____, les dépens de B._____ pour l'instance d'appel sont fixés globalement (art. 105 al. 2 et 96 CPC ; art. 64 al. 1 let. e et 63 al. 2 RJ) à un montant de 500 fr., débours compris, mais TVA en sus par 40 fr. (8 %).

I a C o u r a r r ê t e :

I. L'appel est rejeté.

Néanmoins, les chiffres 1 à 4 du dispositif de l'ordonnance rendue le 11 janvier 2012 par le Président du Tribunal civil de la Sarine sont d'office réformés, pour prendre la teneur suivante :

« 1. *La requête de mesures provisionnelles introduite par A._____ à l'encontre de B._____ en date du 20 juillet 2011 est irrecevable (cause n° eee). »*

2. *Les frais de première instance de la cause n° eee sont mis à la charge de A._____, sous réserve de l'assistance judiciaire. »*

[3-4] »

II. La séance fixée au 23 mai 2012 est annulée.

- III. Les frais d'appel sont mis à la charge de A._____. Ils comprennent notamment les frais de justice dus à l'Etat pour l'appel, fixés à 400 fr., sous réserve de l'assistance judiciaire.
- IV. Les dépens d'appel de B._____ sont fixés globalement au montant de 500 fr., débours compris, mais TVA en sus par 40 fr. Ils sont à la charge de A._____.

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 25 avril 2012/sbu

La Greffière :

Le Président :