



CANTON DE FRIBOURG / KANTON FREIBURG

Tribunal cantonal
Kantonsgericht

101 2012-214

Arrêt du 30 octobre 2012

I^e COUR D'APPEL CIVIL

COMPOSITION

Président : Roland Henninger
Juges : Françoise Bastons Bulletti, Jérôme Delabays
Greffière : Sonia Bulliard Grosset

PARTIES

A._____, **intimé** et **recourant**, représenté par Me Maxime Morard,
avocat

contre

B._____, **requérante** et **intimée**, représentée par Me Danièle
Mooser, avocate

OBJET

Mesures provisionnelles

Appel du 6 juillet 2012 contre la décision de la Présidente du Tribunal civil
de la Gruyère du 8 juin 2012

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. B._____, née C._____ en 1958, et A._____, né en 1957, se sont mariés le 29 mars 1985 à D._____. Trois enfants sont issues de cette union : E._____, née en 1987, F._____, née en 1980, et G._____, née en 1998.

B. Le 9 mai 2011, l'épouse a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale auprès de la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère, concluant notamment à l'attribution du domicile conjugal ainsi que de la garde de l'enfant mineure G._____. Le mari a déposé sa réponse le 15 juin 2011, concluant également à ce que le domicile conjugal et la garde de G._____ lui soient attribués. Les époux A._____ et B._____ ont comparu à l'audience de la Présidente du Tribunal le 16 juin 2011, lors de laquelle l'épouse a modifié ses conclusions. Le lendemain 17 juin 2011, la magistrate a procédé à une vision locale de l'exploitation agricole des parties et a ordonné une enquête sociale auprès du Service de l'enfance et de la jeunesse (ci-après : SEJ).

C. Le 11 juillet 2011, B._____ a déposé une requête de mesures provisionnelles, prenant des conclusions similaires à celles de la requête du 9 mai 2011, ainsi qu'une requête de mesures superprovisionnelles en interdiction d'aliéner et blocage d'un compte bancaire. Cette requête d'urgence a été partiellement admise par décision du 12 juillet 2011. A._____ a déposé sa réponse le 22 août 2011. Les époux A._____ et B._____ ont comparu à l'audience de la Présidente du Tribunal le 25 août 2011.

D. Le 15 septembre 2011, la Présidente du Tribunal a requis des renseignements de l'Institut agricole de l'Etat de Fribourg sur l'association entre A._____ et sa fille E._____. Cet institut a répondu aux questions posées par courrier du 23 septembre 2011.

E. Le 21 septembre 2011, la Présidente du Tribunal a procédé à l'audition de l'enfant G._____.

F. Par mémoire posté le 4 janvier 2012, B._____ a déposé une nouvelle requête de mesures superprovisionnelles, prenant des conclusions en vue de l'attribution en sa faveur du domicile conjugal, A._____ étant astreint à le quitter au plus tard le 31 janvier 2012, à l'attribution de la garde de G._____ et au versement de pensions alimentaires de montants identiques à ceux formulés dans les précédentes requêtes. Par décision de mesures superprovisionnelles du 5 janvier 2012, la Présidente du Tribunal a partiellement admis dite requête, attribuant le domicile conjugal à l'épouse, donnant ordre au mari de le quitter au plus tard le 31 janvier 2012, attribuant la garde de G._____ à sa mère et astreignant le père à contribuer à l'entretien de sa fille par le versement d'une pension mensuelle de 910 fr., allocations familiales en sus, et à celui de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 1'987 fr.

A._____ s'est déterminé par mémoire du 26 janvier 2012. Par courrier du 7 mars 2012, il a requis qu'une audience soit fixée dans les plus brefs délais et qu'une décision sujette à recours soit rendue. Le 16 avril 2012, il a réitéré ces requêtes.

G. Le 15 mars 2012, le SEJ a déposé son rapport d'enquête sociale établi le 5 mars 2012, proposant notamment d'encourager les parents à une garde alternée et, en cas de désaccord, envisageant de confier la garde à la mère avec large droit de visite au père. Dans sa détermination du 16 avril 2012, B._____ a indiqué s'opposer à une garde alternée et maintenir sa conclusion tendant à l'attribution de la garde de sa fille.

H. Par mémoire du 31 mai 2012, B._____ a déposé une nouvelle requête de mesures superprovisionnelles, concluant au blocage de polices d'assurance-vie. La Présidente du Tribunal y a fait droit par décision du 4 juin 2012.

I. Le 8 juin 2012, cette magistrate a rendu une décision de mesures provisionnelles, attribuant notamment la garde de l'enfant G._____ et la jouissance du domicile conjugal à l'épouse et astreignant le mari à contribuer à l'entretien de sa fille par le versement d'une pension mensuelle de 980 fr., allocations familiales payables en sus, et à celui de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 2'100 fr.

J. Par acte judiciaire du 26 juin 2012, la Présidente du Tribunal a cité les parties à comparaître à l'audience du 27 septembre 2012, ayant pour objet « *mesures superprovisionnelles du 4 juin 2012, interpellation des parties sur mesures protectrices de l'union conjugale, clôture de la procédure probatoire et éventuellement plaidoiries* ».

K. Par mémoire remis à la poste le 6 juillet 2012, A._____ a appelé de la décision rendue le 8 juin 2012, concluant à ce que la garde de l'enfant G._____ soit confiée conjointement aux deux parents, à ce qu'il contribue à l'entretien de celle-ci à raison de 680 fr. par mois tandis que son épouse y contribue par 300 fr. mensuellement, à ce que la pension pour celle-ci soit baissée à 640 fr. et à ce que le domicile conjugal lui soit attribué. Il a de plus demandé à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, ce qui lui a été accordé par arrêt du 13 juillet 2012. Le recourant a également requis que l'effet suspensif soit accordé à son appel.

B._____ a déposé sa réponse le 30 juillet 2012, concluant au rejet de l'appel et de la requête d'effet suspensif. Elle a également requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour l'appel, accordé par arrêt du 14 août 2012.

Par arrêt du 3 août 2012, le Juge délégué de la Cour de céans a admis la requête d'effet suspensif.

Le 8 octobre 2012, l'intimée a produit le procès-verbal de l'audience de la Présidente du Tribunal du 27 septembre 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 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures provisionnelles durant une procédure de divorce (art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire du recourant le 27 juin 2012. Déposé le 6 juillet 2012, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est dûment motivé et doté de conclusions.

L'appel est recevable notamment contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles pour les affaires non pécuniaires, comme en l'espèce s'agissant des conclusions portant sur la question de l'attribution de la garde de l'enfant et du domicile conjugal (art. 308 CPC ; cf. arrêt 5A_497/2011 du 5.12.2011 consid. 1.1). Au demeurant, vu les contributions d'entretien requises en première instance et contestées (en partie) par le mari, la valeur litigieuse en appel est clairement supérieure à 10'000 fr.

Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

b) La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant des questions relatives aux enfants, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC). Le principe de disposition s'applique à la contribution d'entretien du conjoint (art. 58 al. 1 CPC), de sorte que l'interdiction de la reformatio in pejus est applicable en procédure de recours (ATF 129 III 417/JdT 2004 I 115 consid. 2.1; F. HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., Berne 2010, n. 1907), ce d'autant qu'en cas de procédure sommaire l'appel joint est irrecevable (art. 314 al. 2 CPC). Lorsque la maxime inquisitoire est applicable, le pouvoir d'instruction de l'instance d'appel n'est pas limité. Il incombe toutefois aux parties de collaborer à la procédure.

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

d) Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de l'appel et le fait que tous les renseignements nécessaires à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

2. a) Le recourant reproche au premier juge d'avoir mal apprécié les situations financières respectives des époux A._____ et B._____ conteste les pensions fixées. Il attaque également l'attribution de la garde de G._____ et du domicile conjugal à l'intimée (cf. appel, p. 6). Avant d'examiner ces griefs invoqués sur le fond, il convient de déterminer si la décision attaquée pouvait être rendue, cet examen devant être opéré d'office (art. 60 CPC).

b) Sous réserve des art. 272 et 273 CPC, la procédure sommaire s'applique aux causes de mesures protectrices de l'union conjugale. Le tribunal établit les faits d'office (art. 272 CPC) et tient en général une audience (art. 273 al. 1 CPC). Quant aux mesures provisionnelles, elles sont également soumises à la procédure sommaire, réglée aux art. 248 à 270 CPC, procédure censée se caractériser par sa souplesse et sa rapidité (cf. Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile, in FF 2006 p. 6956). Il apparaît que les art. 248 à 270 et 271 à 273 CPC ne prévoient pas que puissent être requises des mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure plus large de mesures provisionnelles également, hormis des mesures superprovisionnelles. L'art. 265 CPC dispose en effet qu'en cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse. Pour autant que les conditions en sont remplies, il est

donc possible de rendre une décision d'urgence dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (cf. notamment CPC-Tappy, art. 273 N 14).

Toutefois et même si la procédure sommaire applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale exige que la requête y relative soit traitée avec une certaine rapidité, il n'est pas exclu, concrètement, que le procès se prolonge en raison de l'instruction de la cause, soit par exemple dans l'attente d'une enquête sociale lorsque sont litigieuses la garde et le droit de visite des enfants ou d'une expertise nécessaire à l'établissement de la situation financière de l'un des époux. Dans ce cadre-là, il convient alors, sur requête des parties, de rendre les seules mesures provisionnelles nécessaires à l'organisation de la vie séparée jusqu'au prononcé de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale. Partant, les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles étant toutes deux soumises à la même procédure sommaire (sous réserve des art. 272 et 273 CPC), il convient de limiter la possibilité de rendre une décision de mesures provisionnelles dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale aux seuls cas justifiés par la nécessité de l'instruction de la cause, à laquelle n'appartient toutefois pas la surcharge d'une autorité judiciaire (cf. également HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 175 ; voir aussi arrêt du TF 5A_212/2012 du 15.08.2012 consid. 2.2.2 et réf. citées : le Tribunal fédéral relève que la doctrine est divisée sur la possibilité de prononcer des mesures provisionnelles dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale et que la jurisprudence n'a pas tranché cette question ; cf. arrêt du Juge délégué de la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois HC/2011/294 du 8.06.2011, qui n'exclut pas une réponse positive.). Le prononcé de mesures provisionnelles est en tous les cas subordonné à la vraisemblance que les conditions posées par l'art. 261 CPC sont réunies, ce qui implique en particulier qu'elles soient nécessaires, c'est-à-dire indispensable pour atteindre le but recherché, toute autre mesure ou action judiciaire ne permettant pas de sauvegarder les droits du requérant (Message CPC, p. 6962) et que l'atteinte ne puisse être écartée autrement. Ces conditions doivent être remplies au moment où il est statué sur la requête : on ne saurait en effet prononcer des mesures provisionnelles si l'atteinte invoquée a cessé et ne peut pas se reproduire ou lorsque d'autres moyens que le prononcé de mesures provisionnelles permettent désormais d'écarter l'atteinte alléguée.

c) En l'espèce, la requête de mesures protectrices de l'union conjugale a été déposée le 9 mai 2011 et les conclusions modifiées le 16 juin 2011. Par décision du 17 juin 2011, la Présidente du Tribunal a confié une enquête sociale au SEJ sur la question notamment de l'attribution de la garde de l'enfant G._____, ce service ayant indiqué dans son courrier du 25 juillet 2011 que l'enquête débiterait fin décembre (DO 10 2011 409/70). Le 11 juillet 2011, l'épouse a ainsi déposé une requête de mesures provisionnelles, prenant des conclusions similaires à celles de sa requête de mesures protectrices, au motif uniquement que la « *requête se justifie, s'agissant de l'organisation de la vie séparée (conclusions 1 à 5 par une situation familiale devenue inextricable* » (DO précité/53). Aucune décision n'ayant été prise sur cette requête, malgré l'audience s'étant tenue le 25 août 2011, l'épouse a déposé une requête d'urgence le 4 janvier 2012 et une décision d'urgence a été rendue le 5 janvier 2012. Le rapport du SEJ a ensuite été déposé le 15 mars 2012.

Ainsi, si des mesures provisionnelles pouvaient se justifier dans l'attente du rapport du SEJ – ce qui n'a toutefois pas été allégué dans le cadre de la requête du 11 juillet 2011 –, celles-ci devaient être rendues rapidement, soit très peu de temps après l'audience y relative du 25 août 2011. Dès lors que le rapport du SEJ avait été déposé au dossier

judiciaire, des mesures provisionnelles n'étaient plus nécessaires dans la mesure où la Présidente disposait alors de tous les éléments pour statuer sur les mesures protectrices. Il est évident que le fait de ne pouvoir assigner rapidement une audience, dont la nécessité peut par ailleurs paraître douteuse dans la mesure où deux audiences ont déjà eu lieu sur les mesures protectrices et sur les mesures provisionnelles, ne constitue pas un motif justifiant le prononcé de mesures provisionnelles. Il est de plus surprenant que, disposant de tous les éléments, la magistrate de première instance n'ait pas rendu directement sa décision de mesures protectrices. En effet, la nécessité de la tenue de l'audience du 27 septembre 2012 est floue dans la mesure où la Présidente du Tribunal indique elle-même dans la décision attaquée que la décision sur les mesures protectrices est « *à rendre et en cours de rédaction* », motif pour lequel elle rejette les conclusions de mesures superprovisionnelles prises par le recourant. Elle ajoute encore qu'elle « *déplore la lenteur avec laquelle la présente décision est notifiée. Elle s'explique par une surcharge grandissante de l'autorité judiciaire gruyérienne qui n'est plus à même de faire face, dans des délais raisonnables, à l'ampleur de sa tâche* » (décision, p. 14). Il ne s'agit évidemment pas d'un motif justifiant le prononcé de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices. Vu ce qui précède, la Présidente n'avait d'autre choix que de rejeter la requête de mesures provisionnelles et de statuer à brefs délais sur celle de mesures protectrices de l'union conjugale.

Il s'ensuit que l'appel ne peut qu'être rejeté. La décision attaquée sera néanmoins d'office réformée, en ce sens que la requête est rejetée.

3. Lorsqu'aucune des parties n'a entièrement gain de cause, le juge peut répartir proportionnellement les dépens, le tribunal pouvant répartir les frais selon sa libre appréciation dans les litiges qui relèvent du droit de la famille (art. 106 al. 2 CPC et 107 al. 1 let. c CPC). En l'espèce, il se justifie que chaque partie garde ses dépens d'appel et assume la moitié des frais de procédure, fixés forfaitairement à 1'200 fr., sous réserve de l'assistance judiciaire (art. 95 al. 2 let. b CPC). Il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais de première instance, qui par ailleurs ont été réservés (art. 318 al. 3 CPC).

(dispositif page suivante)

l a C o u r a r r ê t e :

I. L'appel est rejeté.

Néanmoins, les chiffres 1 à 10 du dispositif de l'ordonnance rendue le 8 juin 2012 par la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère sont d'office reformés, pour prendre la teneur suivante :

« 1-10. *La requête de mesures provisionnelles du 11 juillet 2011 est rejetée.*»

II. Pour l'appel, chaque partie supporte ses propres dépens, dont la moitié des frais de procédure, sous réserve de l'assistance judiciaire.

Les frais de justice dus à l'Etat pour l'appel sont fixés forfaitairement à 1'200 fr.

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 30 octobre 2012/sbu

La Greffière :

Le Président :