



101 2012-300

Arrêt du 3 décembre 2012

I^e COUR D'APPEL CIVIL

COMPOSITION

Président: Hubert Bugnon
Juges: Roland Henninger, Jérôme Delabays
Greffier: Ludovic Farine

PARTIES

A._____, **défenderesse** et **recourante**, représentée par Me
Matthieu Genillod, avocat

contre

B._____, **requérant** et **intimé**, représenté par Me Ariane Ayer,
avocate

OBJET

Appel sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC)

Appel du 24 septembre 2012 contre la décision du Président du Tribunal
civil de la Broye du 17 août 2012

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. A._____, née en 1968, et B._____, né en 1964, se sont mariés en 1997 à C._____. Deux enfants sont issus de leur union: D._____, né en 1999, et E._____, né en 2000.

Le divorce des époux A._____ et B._____ a été prononcé par jugement du 8 décembre 2010, confirmé sur recours par arrêt du 13 octobre 2011, l'autorité parentale et la garde de D._____ et E._____ étant notamment confiées à leur mère.

Le 9 juillet 2012, B._____ a introduit une procédure de modification de jugement de divorce, tendant au transfert de l'autorité parentale et de la garde de D._____ à lui-même; il a de plus requis le transfert de la garde à titre provisionnel. Après détermination écrite de A._____ sur la requête de mesures provisoires et audition de l'enfant D._____ – E._____ n'ayant pas été amené par sa mère au greffe – mais sans avoir tenu d'audience, le Président du Tribunal civil de la Broye (ci-après: le Président) a statué le 17 août 2012; il a décidé d'attribuer immédiatement la garde de D._____ à son père, sous réserve d'un large droit de visite en faveur de la mère.

B. Par mémoire du 24 septembre 2012, A._____ a interjeté appel à l'encontre de la décision du 17 août 2012, dont l'expédition intégralement rédigée lui a été notifiée le 14 septembre 2012. Elle conclut principalement à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelles instruction et décision, subsidiairement au maintien de la garde de D._____ à elle-même, le tout sous suite de frais.

Dans son appel, la recourante a également requis l'effet suspensif et l'intimé s'est déterminé à cet égard le 15 octobre 2012. Par arrêt du 18 octobre 2012, le Juge délégué de la Cour a admis cette requête (dos. 101 2012-302), décision confirmée par le Tribunal fédéral le 8 novembre 2012 (arrêt 5A_780/2012).

Le 13 novembre 2012, le Président de la Cour a de plus octroyé, à sa requête, l'assistance judiciaire à A._____ pour la procédure d'appel (dos. 101 2012-301).

C. Dans sa réponse du 26 novembre 2012, B._____ conclut au rejet de l'appel, sous suite de frais.

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 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, l'expédition complète de la décision attaquée a été notifiée au mandataire de la recourante le 14 septembre 2012. Déposé le 24 septembre 2012, l'appel a dès lors été

interjeté en temps utile. Le mémoire d'appel est de plus dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu la contestation, en appel, de l'attribution de la garde de l'enfant D._____ à son père, le litige n'a pas de valeur appréciable en argent, quand bien même il a aussi un aspect pécuniaire (CPC – TAPPY, art. 91 N 10 et réf.). Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

b) 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. 296 al. 1 CPC) et n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC), s'agissant d'une question relative à un enfant mineur.

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 toutes les informations nécessaires à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

2. a) A._____ conclut principalement à l'annulation de la décision du 17 août 2012 et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelles instruction et décision. Elle fait valoir à cet égard une violation crasse des règles élémentaires de procédure, plus particulièrement des art. 273 al. 1 et 297 al. 1 CPC qui prévoient la tenue obligatoire d'une audience lorsqu'il s'agit de régler le sort des enfants mineurs, le juge ne pouvant y renoncer – à titre exceptionnel – que si l'état de fait est clair ou incontesté (appel, p. 7 à 9).

b) En vertu des renvois des art. 284 al. 3 et 276 al. 1 CPC, les mesures provisionnelles durant une procédure de modification de jugement de divorce sont ordonnées par application analogique des dispositions régissant la protection de l'union conjugale. Ce renvoi vise notamment l'art. 273 al. 1 CPC, qui prescrit ce qui suit: "*Le tribunal tient une audience. Il ne peut y renoncer que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté*". Ainsi, la tenue d'une audience est en principe obligatoire, ce qui résulte en l'espèce aussi de l'art. 297 al. 1 CPC selon lequel, lorsqu'il doit régler le sort d'enfants mineurs, le tribunal "*entend les parents personnellement*", soit lors d'une audience (CPC – TAPPY, art. 273 N 17 s.); la renonciation à toute audience doit donc demeurer exceptionnelle, la doctrine estimant que le tribunal ne peut "*le faire que dans des cas simples et sans contestation quant aux faits ou si les époux ont déjà comparu récemment devant lui, par exemple s'il s'agit (...) de ratifier une convention des parties*" (CPC – TAPPY, art. 273 N 19).

c) En l'espèce, le premier juge, tout en citant l'art. 273 CPC, a estimé pouvoir renoncer à des débats, conformément à l'art. 256 al. 1 CPC, dès lors qu'il s'estimait suffisamment renseigné par les écritures des parties et par les déclarations de D._____ lors de son audition (décision attaquée, p. 4 à 6).

Le Président a toutefois omis que l'art. 273 al. 1 CPC, qui impose en principe la tenue de débats en matière de mesures provisionnelles matrimoniales, est une *lex specialis* par rapport à la règle générale de l'art. 256 al. 1 CPC, selon laquelle il peut être statué sur une requête de mesures provisoires "ordinaires" sans tenir audience (CPC – BOHNET, art. 256 N 1 et 5). En réalité, comme on l'a vu, l'art. 273 al. 1 CPC ne permet ici de

renoncer exceptionnellement à des débats que si l'état de fait est clair ou incontesté, c'est-à-dire si le cas est simple, si les époux ont déjà comparu récemment ou s'il s'agit par exemple de ratifier une convention.

Les deux dernières hypothèses ne peuvent s'appliquer dans le cas d'espèce. Quant à la simplicité du cas, il faut certes relever que D._____, âgé de 13 ans, a déclaré lors de son audition par le premier juge qu'il se fait réprimander et gifler par sa mère et qu'il souhaite aller vivre chez son père (DO/7, p. 1). Toutefois, d'une part, ces déclarations ne sont qu'un élément parmi d'autres que le juge doit prendre en considération lorsqu'il doit décider d'un changement requis d'attribution de la garde (ATF 127 III 395 consid. 4a), d'autant que le souhait exprimé par D._____ aurait pour conséquence d'être séparé de son frère E._____; d'autre part, la mère conteste ces déclarations, affirmant que D._____ est pris dans un conflit de loyauté et instrumentalisé par son père (appel, p. 13; également DO/14, p. 8), alors que ce dernier soutient que son fils ne supporte plus les brimades répétées de sa mère (réponse, p. 7; également DO/1, p. 6). Il en résulte que l'état de fait ne saurait être qualifié ni de clair, ni d'incontesté, les deux parents ayant au contraire des versions diamétralement opposées dont rien ne permet *a priori* – soit sans des mesures d'instruction telles que l'audition personnelle des parties, voire une enquête sociale – de préférer l'une à l'autre. De plus, le caractère délicat de la question à trancher et ses répercussions importantes commandaient d'entendre les parents.

Vu ce qui précède, le Président ne pouvait dès lors pas renoncer à la tenue d'une audience de mesures provisionnelles. En le faisant néanmoins, il a violé le droit d'être entendu de A._____, ce qui, compte tenu de la nature formelle de ce droit (ATF 124 I 49 consid. 1), justifie l'annulation de la décision attaquée.

Etant donné que l'état de fait doit être complété sur des points essentiels, et afin de ne pas priver les parties du double degré cantonal de juridiction qui leur est garanti par l'art. 75 LTF, il convient de renvoyer la cause au premier juge pour nouvelles instruction et décision, dans le sens des considérants (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC). Il s'ensuit l'admission des conclusions principales de l'appelante.

3. a) Vu le sort de l'appel, les frais doivent en être mis à la charge de B._____ (art. 106 al. 1 CPC).

b) Les frais judiciaires dus à l'Etat pour la procédure d'appel sont fixés forfaitairement (art. 95 al. 2 let. b CPC) à 800 francs.

c) Vu la nature, la difficulté et l'ampleur de la procédure, le travail nécessaire de l'avocat, ainsi que l'intérêt et la situation économiques des parties, les dépens de A._____ 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 2'000 francs, débours compris, mais TVA en sus par 160 francs (8 % de 2'000 francs).

l a C o u r a r r ê t e :

I. L'appel est admis.

Partant, la décision rendue le 17 août 2012 par le Président du Tribunal civil de la Broye est annulée. La cause est renvoyée au premier juge pour nouvelles instruction et décision, dans le sens des considérants.

II. Les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de B._____. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à 800 francs.

III. Pour l'appel, les dépens de A._____ dus par B._____ sont fixés globalement à la somme de 2'000 francs, débours compris, plus la TVA par 160 francs.

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 3 décembre 2012/lfa

Le Greffier:

Le Président: