

A1 2005-15

I^e COUR D'APPEL

9 janvier 2006

La Cour, vu le recours interjeté le 10 mars 2005 par

X, recourant,
représenté par Me _____,

contre le jugement rendu le 2 février 2005 par le Tribunal civil de _____ dans la cause qui
l'oppose à

Y, intimée,
représentée par Me _____.

[mesures protectrices]

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

A. X, né le 21 novembre 1962, et Y, née le 19 juin 1957, se sont mariés le 3 juillet 1987. Deux enfants sont issus de cette union: A, née le 9 janvier 1989, et B, né le 11 mars 1992. Les époux vivent séparés depuis juin 2003.

B. Statuant sur les requêtes de X du 29 août 2003, le Président du Tribunal de _____ a rendu une ordonnance de mesures provisionnelles, le 16 octobre 2003, et un jugement de mesures protectrices, le 29 juillet 2004, en vertu duquel il a notamment autorisé les époux X-Y à vivre séparés pour une durée indéterminée; laissé la villa conjugale à la disposition de l'épouse qui en assume les charges; confié A à son père et B à sa mère; fixé le droit de visite de chaque parent; astreint X à contribuer à l'entretien de B par le versement d'une pension mensuelle de 700 frs, allocations familiales comprises, et à celui de son épouse par une pension mensuelle de 1'750 frs jusqu'à la réduction de son temps de travail et de 2'000 frs après cette réduction; dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Ce jugement a été notifié aux parties le 6 août 2004.

C. Le 2 septembre 2004, X a recouru contre ce jugement pour conclure à la réduction à 500 frs de la pension allouée à son épouse. La défenderesse a conclu au rejet du recours.

D. Par jugement du 2 février 2005, notifié aux parties le 10 février 2005, le Tribunal civil de _____ a admis partiellement le recours et fixé la pension de l'épouse à 1'750 frs jusqu'à fin août 2004 et à 1'500 frs dès le 1^{er} septembre 2004.

E. Le demandeur a appelé de ce jugement le 10 mars 2005, soit en temps utile. Il conclut ainsi, avec dépens:

«Le chiffre 1 du dispositif du jugement du Tribunal de _____ du 1^{er} février 2005 est annulé et remplacé par le suivant:

M. X contribuera à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 1'530 francs jusqu'à la fin août 2004. Dès le 1^{er} septembre 2004, la pension mensuelle s'élèvera à 1'245 frs et dès le 1^{er} janvier 2005, elle sera de 1'157 frs.»

La défenderesse conclut au rejet du recours, avec dépens.

c o n s i d é r a n t :

1. En vertu de l'art. 54 let. d LACC, le président du tribunal d'arrondissement connaît des mesures protectrices de l'union conjugale régies par les art. 172 à 179 CC. L'art. 54a al. 1 LACC institue la procédure sommaire (art. 360 ss CPC) sous réserve des règles définies aux let. a (citation immédiate), b (procédure en cas d'urgence) et c (tentative de conciliation). En vertu de l'al. 2 de cette disposition légale, le jugement du président peut faire l'objet d'un recours au tribunal d'arrondissement dans un délai de trente jours, les articles 376 et ss du CPC étant pour le surplus applicables au recours. Selon l'al. 3, le jugement du tribunal peut faire l'objet d'un recours en appel au Tribunal cantonal limité à la violation du droit et à la constatation inexacte des faits, le délai de recours et de réponse étant de trente jours.

Dans les causes soumises à la procédure sommaire, le juge doit statuer rapidement, selon l'apparence du droit et sans pouvoir procéder à de longues enquêtes. L'instruction est réduite au strict minimum; l'*Offizialmaxime* s'applique pleinement (art. 364 al. 3 CPC: "Le juge procède d'office aux constatations de fait nécessaires..."). Mais le juge doit se contenter de la vraisemblance car la nature des choses s'oppose à des investigations approfondies. Le prononcé rendu en procédure sommaire n'est pas un jugement mais une décision qui n'a pas la pleine autorité de la chose jugée (DESCHENAUX/CASTELLA, La nouvelle procédure civile fribourgeoise, p. 222-223). Pour HOHL, la procédure régie par les art. 360 ss CPC est une procédure sommaire au sens propre avec ces caractéristiques: la cognition du juge est limitée à la (simple) vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit; les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles; la décision rendue est provisoire et n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée; la procédure est simplifiée et son déroulement est plus rapide (HOHL, Procédure civile, t. II, N 2770, 2751 ss; voir aussi VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8^{ème} éd., p. 343, N 160 ss). GULDENER soumet les mesures protectrices à la procédure sommaire à cause de leur caractère provisoire (Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 589, V a). VOGEL/SPÜHLER relèvent que la jurisprudence applique aux mesures protectrices la procédure sommaire au sens propre (op. cit., p. 344, N 166; cf aussi HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, p. 208, N 21.09).

En procédure civile, on a l'habitude de distinguer entre l'appel et la cassation. L'appel est une voie de recours ordinaire, suspensive (il empêche l'exécution du jugement), dévolutive (il permet en règle générale un large réexamen de la cause au fond), de réforme (l'instance supérieure prononce elle-même sur le fond). La cassation est un recours extraordinaire, en principe, non suspensif, non dévolutif (l'autorité de recours ne revoit que les griefs limitativement énumérés par la loi), généralement de cassation. La loi du 12 février 2004 modifiant la loi d'application du code civil (mesures protectrices de l'union conjugale) déclare applicables au recours au tribunal d'arrondissement les articles 376 ss CPC concernant le recours au tribunal contre l'ordonnance des mesures provisionnelles rendue par son président (à l'exception du délai de recours). Il en va autrement pour le recours en appel contre le jugement du tribunal, les articles 291 ss CPC réglant la procédure d'appel n'étant pas déclarés applicables "pour le surplus". Les débats parlementaires apprennent ce qui suit. Pour PILLER Damien, le recours auprès du Tribunal cantonal a uniquement pour but de faire vérifier l'application du droit et la constatation exacte des faits; "c'est une sorte, entre guillemets, de recours en cassation malgré le terme appel, puisque le code de procédure civile ne connaît

plus la notion de recours en cassation". Ce recours au Tribunal cantonal est justifié car les mesures protectrices qui concernent la garde des enfants et les pensions dues à ces derniers et à l'épouse sont des décisions importantes qui "ont énormément de chance de se voir entériner" par le juge du divorce; "donc l'enjeu est de taille et on ne peut pas tolérer qu'il n'y ait en fait pas de possibilité de faire revoir, sur le plan cantonal, la décision qui sera appliquée par le tribunal d'arrondissement" (PILLER et PERROUD Louis-Marc, BGC 2004, p. 230, 231). Pour le RAPPORTEUR, la proposition d'un deuxième recours au Tribunal cantonal a été réintroduite car, dans certains cas difficiles, il n'était pas possible de ne plus avoir de possibilité, dans le cadre de ces mesures protectrices, de s'opposer à un jugement définitif du tribunal d'arrondissement; l'adjonction d'un recours au Tribunal cantonal "ne devrait pas entraîner une cascade de recours étant donné qu'il existe déjà une première instance de recours et qu'elle est limitative dans le sens où le recours n'est possible qu'en cas" de violation du droit ou en cas de constatation inexacte des faits, ce qui en diminue en quelque sorte la portée (BGC 2004, p. 234). Pour HARTMANN Charles-Antoine, "les recours qui seraient interjetés n'ont pas d'effet suspensif. Cela veut dire que jusqu'à ce qu'on ait une décision définitive, on applique la décision qui a été prise par le juge contre laquelle on a recouru... Le juge a dit en première instance, dans sa première décision, que les enfants devaient être chez la mère. Eh bien, les enfants doivent aller chez la mère immédiatement, même s'il y a recours et éventuellement si le recourant a gain de cause, on pourra obtenir le changement à ce moment-là. Mais il n'y a pas de véritable incertitude à partir du moment où le juge a pris la première décision..." Le recours à la Cour d'appel est limité à l'application du droit de manière "à ce que nous ayons dans le canton une jurisprudence cantonale et que les pensions soient quand même fixées selon les mêmes critères en Veveyse ou à Tavel" (BGC 2004, p. 235).

Au vu de ce qui précède, la Cour constate que l'appel de l'art. 54a al. 3 LACC est mal nommé; elle admet que le législateur a voulu créer un recours spécial pour les mesures protectrices. Ce recours a les caractéristiques reconnues au recours en cassation. Il est non suspensif et non dévolutif. La Cour connaît du jugement attaqué plutôt que de la cause elle-même, sa cognition étant délimitée par l'énoncé des griefs soulevés, ce qui exclut la prise en considération des nova (GULDENER, op. cit., p. 526/2). Pour être conciliable avec le but de la procédure sommaire (cf. le Message du 16.9.2003, ch. 3, BGC 2004, p. 3), le recours sera généralement de réforme: la Cour confirme ou annule le jugement dans la mesure où il est attaqué et, dans ce dernier cas, statue à nouveau; la cause ne sera renvoyée au premier juge que si elle doit être instruite et que la Cour ne peut pas le faire aisément. La Cour pourra statuer sans débats. Le droit dont la violation peut être invoquée est le droit fédéral applicable aux mesures protectrices, y compris l'art. 4 CC (sur ce point : GULDENER, op. cit., p. 480/2). Il y a constatation inexacte des faits quand le tribunal a violé les règles de procédure sur la constatation des faits et s'il a mal apprécié les preuves administrées (GULDENER, op. cit., p. 477/2). Pour être recevable, l'acte de recours doit indiquer la règle de droit prétendument violée et en quoi consiste cette violation; motifs à l'appui, le fait inexact et le fait qui doit être retenu (au stade de la vraisemblance); le recourant doit encore démontrer son intérêt au recours, c'est-à-dire que le droit appliqué et le fait constaté ainsi qu'il le veut justifient l'admission de ses conclusions (GULDENER, op. cit., p. 526, VIII, 1 - 4). Ainsi qu'on l'a admis, bien que non suspensif et non dévolutif, l'appel de l'art. 54a LACC est en principe une voie de réforme : le recourant ne doit pas conclure à la nullité du jugement attaqué mais à sa modification en précisant ce qu'il veut.

2. Le jugement attaqué retient en bref ce qui suit. Le recourant vit en concubinage qualifié avec son amie et introduira une procédure de divorce d'ici peu de temps. On ne saurait exiger de l'épouse qu'elle travaille à plus de 85 %. Après avoir écarté les arguments du recourant concernant ses impôts de 2003 et ses dépenses de dentiste et de voiture et admis les loyers fixés à 1'239 frs pour l'épouse et à 870 frs pour le recourant, le tribunal a confirmé la pension de 1'750 frs due à l'épouse jusqu'à la fin août 2004. Dès cette date, le tribunal l'a réduite à 1'500 frs, montant obtenu après le partage des disponibles des époux, soit de 242 frs 85 pour l'épouse et de 3'111 frs pour le mari, et arrondi de 1'434 frs à 1'500 frs, les heures supplémentaires n'étant pas toutes compensées par des vacances; le disponible a été calculé après que le tribunal eut relevé que chaque époux élève un enfant. Le recourant paraît reprocher au tribunal d'avoir violé le droit en ne retenant pas la charge de 200 frs représentant sa participation au paiement du prix de vente de la voiture qu'il a achetée avec son amie et qu'il utilise pour «se déplacer avec ses enfant le week-end»; en comptant dans le salaire du recourant les allocations familiales qu'il perçoit; en ne mentionnant pas dans les charges des parties le coût d'entretien des enfants. Ces griefs sont mal fondés. En effet, le jugement attaqué ne viole pas le droit.

a. Le paiement du prix d'achat d'une voiture de confort n'est pas une charge à prendre en compte dans le calcul du minimum vital d'un époux. Le jugement, dont le recourant ne discute pas les motifs, doit être confirmé sur ce point (jgt, p. 4, 3.3, act 116). Ce dernier n'indiquant pas non plus quelle règle juridique aurait été violée, la recevabilité de ce grief est douteuse. L'affirmation qu'il est totalement inacceptable de ne pas retenir cette charge ne suffit pas.

b. Du moment que le coût d'entretien d'un enfant est une charge à prendre en compte – ce que le recourant admet – l'allocation familiale est un revenu à retenir. Le tribunal l'a fait à juste titre en indiquant séparément le montant de ces allocations et en ne l'incluant pas dans le salaire, comme l'affirme erronément le recourant. En l'espèce, une des deux allocations est comprise dans la pension due à Fabien; elle est donc reversée à sa mère.

c. Le tribunal a compté dans sa totalité le loyer imputé aux époux. Les juges précédents pouvaient donc se dispenser de chiffrer le coût d'entretien d'Aurélié, âgée de 17 ans, et de Fabien, âgé de 14 ans, comme d'inscrire cette charge dans le calcul du minimum vital. En effet, selon les tabelles zurichoises, le coût d'entretien est le même pour un enfant de 17 ans et de 14 ans; il en va de même pour le montant de base mensuel du droit des poursuites. Sans être critiqué par le recourant, le tribunal a procédé de la même manière pour la charge fiscale, considérant que l'épouse «aura certainement un revenu imposable égal ou supérieur à celui de son mari en 2004 (jgt, p. 4, 3.2., act 116).

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et le jugement attaqué, confirmé. Cela étant, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le fait nouveau allégué par le recourant. Au reste, on ne voit pas pourquoi le décompte de salaire février 2005, qui concerne la période allant du 24 janvier 2005 au 19 février 2005 serait à lui seul déterminant (jgt, p. 5,3.5, act 117).

3. Les dépens pour la présente procédure sont mis à la charge du recourant qui succombe. Les honoraires de l'avocat dus à titre de dépens sont fixés sous la forme d'une indemnité globale (T., art. 3 b et g, 7 al. 4 et 8 al.2).

a r r ê t e :

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. Les dépens pour la présente procédure sont mis à la charge de X.

Les frais judiciaires de la procédure d'appel, fixés à 900 francs (émolument : 800 francs; débours : 100 francs), sont à la charge de X. Indépendamment de l'attribution des dépens, ils seront acquittés à raison de 450 francs par chacune des parties.

Les dépens de Y sont fixés à 950 francs (indemnité globale de 500 francs; frais judiciaires 450 francs).

Fribourg, le 9 janvier 2006