

A1 2004-72

**I<sup>e</sup> COUR D'APPEL**

**26 octobre 2005**

---

La Cour, vu le recours interjeté le 11 octobre 2004 par

X, recourant, représenté par Me \_\_\_\_\_,

contre le jugement rendu par le Tribunal civil de \_\_\_\_\_, du 30 juin 2004, dans la  
procédure de divorce qui l'oppose à

Y, intimée, représentée par Me \_\_\_\_\_,

[ divorce ]

---

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

A. X, né le 22 octobre 1956, et Y, née le 9 mai 1960, se sont mariés le 25 août 1984 devant l'officier d'état civil de \_\_\_\_\_. A, née le 15 mars 1986, B, né le 13 octobre 1988 et C, né le 22 décembre 1994, sont issus de cette union.

B. Statuant sur l'action en divorce ouverte le 16 février 1999 par Y dont la demande est du 22 avril 1999, le Tribunal civil de \_\_\_\_\_ a rendu son jugement le 30 juin 2004, lequel a été notifié aux parties le 10 septembre 2004. Le Tribunal a prononcé le divorce des époux; attribué à la mère l'autorité parentale sur A et C et au père l'autorité parentale sur B; réglé le droit de visite des père et mère et institué une curatelle de surveillance de ce droit; fixé la contribution du père à l'entretien de ses enfants, soit une pension mensuelle de 1'040 francs pour A, de 960 francs puis de 1'060 francs dès l'âge de 17 ans révolus pour C, ces pensions étant indexées, et dit que Y versera les allocations familiales perçues pour B à son père; astreint Y à verser à son époux une somme de 31'756 frs 85 en liquidation du régime de la séparation de biens et des rapports pécuniaires entre époux et dit qu'en application de l'art. 124 CC, X versera à son épouse une somme d'un même montant, les deux créances étant compensées; partagé la prévoyance professionnelle; dit que chaque partie supporte la moitié des frais judiciaires et honore son mandataire.

C. X a appelé de ce jugement le 11 octobre 2004, soit dans le délai légal. Il conclut au versement d'une pension mensuelle de 885 frs pour A et de 736 frs pour C; à une contribution de Y à l'entretien de B de 455 frs par mois, allocations familiales en sus; à la condamnation de Y à lui rembourser une somme de 33'106 frs 65, lui-même étant libéré d'une créance compensatrice de l'épouse d'un même montant; au remboursement de la provision ad litem, soit un montant de 6'000 francs. La demanderesse n'a ni répondu ni formé un appel joint. Mais dans une détermination qu'elle a adressée à la Cour le 14 juin 2005, la demanderesse conclut comme suit:

"Principalement

- 1.- Le recours est intégralement rejeté.
- 2.- Monsieur X restitue à sa Caisse de pension le montant avancé à l'achat de la maison par Fr. 106'000. Une fois les avoirs LPP reconstitués, ceux-ci seront partagés, conformément à l'art.122 CC, sur la base du décompte effectif au 30 juin 2003.

Subsidiairement

- 1.- Le recours est intégralement rejeté.
- 2.- Une indemnité équitable est versée à Y, en application de l'art. 124 CC."

D. A la suite de la requête de X, et après avoir interrogé les parties en séance du 25 janvier 2005, le Président de la lère Cour d'appel a modifié, le 18 mars 2005, les mesures provisionnelles ordonnées le 1<sup>er</sup> mars 2004 par le Président du Tribunal de \_\_\_\_\_ en ce qui concerne la contribution des père et mère à l'entretien de leurs enfants.

Statuant sur une requête de Y et après l'interrogatoire des parties en audience du 16 juin 2005, le Président de la lère Cour d'appel a modifié son ordonnance du 18 mars 2005; en particulier, il a fixé la contribution du père à l'entretien de ses enfants dès le 1<sup>er</sup> avril 2005, à 950 francs pour A, à 900 francs pour B et à 770 francs pour C.

Devenue majeure, A avait approuvé les conclusions de sa mère concernant son entretien, par une lettre du 4 juin 2005.

E. A la séance du 16 juin 2005, les parties sont convenues d'attribuer à sa mère l'autorité parentale sur B, lequel a admis ce transfert dans sa lettre du 24 septembre 2005.

F. Par arrêt du 21 mars 2005, la Cour a dispensé la demanderesse de faire l'avance de 1'500 francs requise pour la procédure d'appel.

G. Le 10 octobre 2005, les parties ont renoncé à des débats devant la Cour.

#### **c o n s i d é r a n t :**

1. Le jugement du 30 juin 2004 a été notifié à X le 10 septembre 2004. Le recours du 11 octobre 2004 a dès lors été déposé dans le délai de 30 jours de l'art. 294 al. 1 CPC. Doté de conclusions et dûment motivé, il est recevable en la forme.

La Cour revoit librement la cause en fait et en droit, conformément à l'art. 299a al. 1 CPC.

#### 2. Sur le remboursement de la provision ad litem

Le versement d'une provision ad litem à l'épouse dans une procédure de divorce est une avance à prendre en considération dans le futur décompte des dépens, et non pas une libéralité au sens propre du terme. La femme est tenue à restitution lorsqu'elle est condamnée

au paiement des frais et dépens du procès ou de ses propres frais et dépens (Extraits 1977, p. 59).

Le 18 août 2003, dans sa réponse aux conclusions divergentes (art. 112 al. 3 CC) formées par son épouse le 14 mai 2003, et bien qu'il n'eût pas l'obligation de le faire (JT 1976 III p. 6), le défendeur a demandé le remboursement de la provision ad litem. Le premier juge a opéré la compensation des dépens, et ce point du jugement est définitif pour n'avoir pas été attaqué. La demanderesse doit donc restituer la provision qu'elle a reçue, soit un montant incontesté de 6'000 francs.

### 3. Sur la créance de X résultant de la liquidation du régime matrimonial

Selon le jugement attaqué, cette créance est de 31'756 francs 85. Le Tribunal a refusé de mettre à la charge de l'épouse la somme de 1'350 francs, soit la moitié du solde de la taxe de raccordement à l'épuration des eaux concernant l'immeuble dont les époux étaient copropriétaires chacun pour demie. A son avis, X n'a pas prouvé le paiement de cette taxe pendant la procédure par la production d'une copie non signée d'un original de la facture communale qui n'est pas en possession du Tribunal.

En modification des conclusions de sa réponse du 18 août 2003, le défendeur a allégué ce paiement et conclu à la participation de son épouse pour moitié (mémoire du 16.10.2003); il a produit une photocopie de la facture communale y relative, du 4 août 1999. Ce mémoire a été notifié à la demanderesse à l'ouverture de la séance du 16 octobre 2003 au cours de laquelle X, exhorté conformément à l'art. 206 CPC, a déclaré: «... Je réclame toutefois 1'350 francs représentant la moitié de la taxe de raccordement pour l'épuration. J'ai quitté la maison le 28 février 1999. Cette taxe de raccordement était de 5'400 francs. Nous devions payer la moitié de la taxe immédiatement et l'autre moitié à la fin des travaux. Ces deux montants ont été payés». Cette déclaration faite, la demanderesse ne l'a pas contredite. Le paiement de la somme de 2'700 francs en octobre 1999 est encore établi par les pièces produites avec l'appel, qui auraient déjà pu l'être en première instance; la Cour les admet en vertu des art. 5 al. 2 et 200 al. 2 CPC applicables par analogie. Enfin, dans sa détermination du 14 juin 2005 (p. 11, ad I.2), la demanderesse se borne à affirmer que la requête en vue du partage de ces frais est aujourd'hui grossièrement abusive au sens de l'art. 2 al. 2 CC, mais elle ne conteste pas leur paiement par le défendeur. Ce dernier a donc prouvé le paiement allégué. Sa prétention doit dès lors être admise en vertu de l'art. 649 CC. On ne voit pas pourquoi celle-ci serait devenue abusive parce qu'aujourd'hui X est le seul propriétaire de l'immeuble. Conséquemment la créance totale du défendeur s'élève à 33'106 francs 85.

### 4. Sur le partage des fonds LPP

Selon le jugement attaqué, les prestations de sortie acquises par les époux durant le mariage, valeur au 30 juin 2004, s'élèvent à 160'889 francs pour X et à 10'799.40 francs pour Y. Cela étant, le Tribunal a ordonné à la Caisse de pension de X de verser le montant de 75'044 francs 80 sur le compte LPP de Y (chi 7 du dispositif). Sous l'angle de l'art. 122 CC, le Tribunal n'a pas voulu tenir compte du versement anticipé de 106'000 francs obtenu par X; à son avis, ce dernier n'a aucune obligation de le rembourser, le produit réalisé lors de la vente aux enchères n'étant que de 1'866 francs. Mais, bien que la demanderesse n'ait pas conclu à l'indemnité équitable de l'art. 124 CC, les juges précédents ont statué d'office sur ce point en se référant au texte de l'art. 124 CC, lequel dispose qu'une indemnité est due, et non pas que le juge peut en fixer une. Le recourant conteste cette interprétation. Invoquant l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 mai 2003 paru au RO 129 III 481, il estime que la maxime des débats est applicable en l'espèce et qu'en conséquence, le Tribunal ne pouvait pas accorder à la demanderesse une indemnité que celle-ci n'avait pas demandée.

Selon l'arrêt précité, la garantie d'une prévoyance vieillesse, invalidité ou survivants appropriée est d'intérêt public; les articles 122 et suivants CC sont donc impératifs dans la mesure où la loi limite les possibilités pour les époux de disposer de leurs prétentions découlant de la prévoyance professionnelle; dans le cadre de la fixation de l'indemnité équitable de l'article 124 CC, il convient aussi de tenir compte de la possibilité pour un époux de renoncer à son droit et pour le juge de refuser – de lui-même – le partage aux conditions de l'article 123 CC; s'il y a renonciation, le juge doit vérifier d'office si la condition légale est remplie (art. 141 al. 3 CC); le juge n'est pas lié par les conclusions concordantes des parties en ce qui concerne le moment de la survenance du cas de prévoyance et du montant de l'avoir vieillesse; il doit les établir en se procurant d'office les documents nécessaires pour accomplir son devoir de vérification au sens de l'article 123 al. 1 et 2 CC; pour le surplus, les maximes des débats et de disposition ainsi que l'interdiction de la réformation in pejus sont applicables.

En première instance, la demanderesse a conclu comme suit :

### "3.3. Compte LPP

Monsieur X restitue à sa Caisse de pensions le montant avancé à l'achat de la maison par 106'000 francs.

Une fois les avoirs LPP reconstitués, ceux-ci seront partagés conformément à l'art. 122 CC sur la base du décompte effectif au 30 juin 2003" (conclusions divergentes au sens de l'art. 112 al. 3 CC du 14 mai 2003).

La demanderesse veut donc le partage par moitié de toutes les prestations acquises pendant le mariage, soit pour elle-même, une somme de 10'799 francs et pour son mari, un montant de 160'889 francs – valeur au 30 juin 2004 – et le versement anticipé de 106'000 francs, d'où un montant de 266'889 francs. Il en résulte, après le partage, une prétention en faveur de l'épouse de 128'044 francs. En concluant comme elle l'a fait, la demanderesse n'a

pas renoncé à son droit – ne fût-ce que partiellement – si le juge décidait de régler la prévoyance professionnelle aussi bien selon l'art. 122 que selon l'art. 124 CC. D'ailleurs, ainsi qu'on l'a vu, elle ne pouvait pas renoncer à son droit, en tout ou en partie, qu'aux conditions de l'article 123 CC.

C'est donc à juste titre que le premier juge a statué d'office sur la question de l'indemnité due en vertu de l'art. 124 CC après avoir décidé que le règlement de la prévoyance professionnelle n'était pas possible par une application exclusive de l'art. 122 CC. Soutenir le contraire aurait pour conséquence inadmissible que Y se retrouverait avec son seul avoir de prévoyance ou les mains vides (si elle n'était pas affiliée à une institution de prévoyance) dans le cas où le juge aurait décidé l'application exclusive de l'art. 124 CC. Un tel résultat contreviendrait à l'intérêt public mis en évidence par l'arrêt précité. En revanche, la maxime de disposition interdisait au premier juge d'aller au-delà des conclusions de la demanderesse – quod non est – ou de l'indemnité que celle-ci aurait demandée si elle avait été invitée à former une conclusion dans le sens de l'art. 124 CC. Au demeurant, le juge qui n'est pas lié par les moyens de droit invoqués par les parties, peut d'office appliquer une autre disposition de droit matériel pour allouer les conclusions du demandeur sans violer pour autant le principe ne eat iudex ultra et extra petita partium (art. 4 et 6 CPC). Il s'ensuit le rejet du recours sur ce point.

5. L'autorité parentale sur B

B, qui sera majeur le 13 octobre 2006, est retourné chez sa mère en janvier 2005 après avoir vécu une année avec son père. Cela étant, ses parents sont convenus, à la séance du 16 juin 2005, de transférer l'autorité parentale à sa mère. La Cour ne voit aucun motif pour ne pas ratifier cet accord parental admis par B. L'économie de procédure commande de ne pas renvoyer les parents à une procédure indépendante pour obtenir ce transfert.

6. Sur la contribution du père à l'entretien de ses enfants

En vertu de l'art. 285 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant; sauf décision contraire du juge, les allocations pour enfants doivent être versées en sus de la contribution d'entretien. En principe, la Cour se réfère à l'arrêt publié in RFJ 2003, p. 227. Elle détermine comme suit le minimum vital des père et mère.

Mère

Père

1. Salaire

4'142.- 5, bord. 17.1.05

pièces du 22.9.05 8'878.-

## 2. Acquisition du salaire

- 175.- essence, 450 km: 60.- repas: 115.-  
parc: 98.- essence, 1'200 km: 220.- repas: 150.- - 468.-

## 3. Base mensuelle LP

- 775.- (1/2) - 1'100.-

## 4. Assurance-maladie

- 80.- /. subv. 3.2 bord. 17.1.05 9, bord. 24.1.05 - 300.-

## 5. Voiture

- 529.- 1,2,3 bord. 9.2 ord. 1.3.04, p. 7 - 300.-

## 6. Charges villa

- 1'057.- (1/2) pv séance 25.1.05, p. 2/3 - 1'500.-  
- 250.- (1/2) entretien, B, bord. 9.2.05

## 7. Impôts

- 610.- - 990.-

## 8. Disponible

+ 666.- + 4220.-

Le salaire de 8'878 francs résulte du salaire net de 7'971.55 + LPP cadre 223.45 = 8'195 + 683 (13<sup>ème</sup> salaire, cf réponse du 8.6.05, p. 2, chi 2.1). Les impôts ont été calculés à partir de la taxation 2003; certaines positions ont été actualisées (salaire, frais de transport, de repas et professionnels du père, aliments reçus et versés), et il a été tenu compte de ce que A a ou aura un chapitre fiscal indépendant de celui de sa mère. Le trajet du domicile de la mère, à \_\_\_\_\_, à son lieu de travail à \_\_\_\_\_, représente quelque 450 km par mois. La position 6 "charges villa" comprend le 12<sup>è</sup> de la prime annuelle de la police prévoyance conclue par la demanderesse (amortissement indirect). La demanderesse est copropriétaire pour une demie de la villa qu'elle occupe avec ses trois enfants et son concubin Z; cette maison comprend six chambres à coucher, un salon, une salle à manger, une cuisine et un garage. Le père vit seul dans la maison où demeurerait sa famille jusqu'à la séparation et dont il est devenu l'unique propriétaire; cette villa comprend une chambre et un living (cuisine, salle à manger) au rez et quatre chambres à l'étage. Le défendeur se rend avec sa voiture de \_\_\_\_\_ à

\_\_\_\_\_ où il travaille au Service \_\_\_\_\_; l'usage des transports publics serait compliqué.

Les tabelles zurichoises 2005 (Eines von drei und mehr Kindern) seront appliquées sans réduction compte tenu du montant élevé des salaires cumulés des parents. Toutefois, le "loyer" ne sera compté que pour 100 francs au vu des charges effectives (1'057 francs) et du fait que celles-ci ont été entièrement retenues dans le calcul du minimum vital, ce qui a réduit le disponible de la mère. Le coût d'entretien de A sera arrêté à 1'500 francs (nourriture: 470, repas de midi sur le lieu d'études compris + 105 + 100 + 720 = 1'395.-, montant qui doit être porté à 1500 francs – préparation des repas et entretien du linge par sa mère, etc.). Les besoins de B doivent être fixés à 1'425 francs (310 + 105 + 100 + 720 + 190) et ceux de C, à 1'245 francs (240 + 85 + 100+ 505 + 315). La contribution paternelle est de 86% (4'220.- : 4886, disponible père et mère). Après déduction des allocations familiales de 270 francs pour A et B et de 210 francs pour C, la pension due par le père doit être fixée à 1'050 francs pour A et à 890 francs pour C. La contribution pour B serait de 990 francs. Ce dernier accomplit un apprentissage chez \_\_\_\_\_; son "salaire" est de 400 francs; il a acquis un scooter pour se rendre à son travail. Tenant compte, en partie du moins, de ce salaire d'apprenti (sur ce revenu: cf RDT 1991, p. 31; SJZ 1990, p. 359/74; HEGNAUER, 5. éd., p.142 chi 20.05), la Cour dit que le défendeur contribuera à l'entretien de son fils B par le versement d'une pension mensuelle de 800 francs.

7. En vertu de l'art. 36 CPC, la demanderesse est déchue du droit de répondre et de former un appel joint pour n'avoir pas observé les délais fixés par les art. 296 et 297 CPC (sur les conséquences de cette déchéance: cf. l'arrêt publié in RFJ 2000 p.272, qui expose une jurisprudence applicable par analogie à la procédure d'appel). Il s'ensuit l'irrecevabilité manifeste de la conclusion no 2 principale et subsidiaire concernant la prévoyance professionnelle présentée dans la détermination du 14 juin 2005.

8. Vu la nature familiale de la cause, le sort de l'appel et des requêtes de mesures provisionnelles, il se justifie de laisser à chaque partie ses dépens d'appel.

### a r r ê t e :

- I. Le recours de X est partiellement admis. Partant les chiffres 2, 3 al. 1 et 2, 4, 5, 6, et 9 du dispositif du jugement du Tribunal civil de \_\_\_\_\_ du 30 juin 2004 sont modifiés comme suit:
  - "2. Les enfants B, né le 13 octobre 1988, et C, né le 22 décembre 1994 sont confiés à leur mère pour l'exercice de l'autorité parentale.
  3. Une curatelle de surveillance du droit de visite est instituée. Le curateur nommé par l'autorité tutélaire compétente aura la charge de veiller au bon déroulement

du droit de visite du père sur ses enfants, et notamment d'établir une planification respectueuse des droits de chacun.

Le droit de visite de X s'exercera d'entente avec les enfants et selon les modalités d'exercice réglées par le curateur institué à cet effet.

Al. 3 inchangé.

4. X contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement mensuel de 1'050 francs pour A – ce en ses mains –, de 800 francs pour B et de 890 francs pour C.

Les allocations familiales cantonales et d'employeur sont payables en sus.

Si les enfants continuent leur formation après leur majorité, l'application de l'art. 277 al. 2 CC est réservée.

Les pensions dues par le père sont exigibles le premier de chaque mois et portent intérêt à 5% l'an dès chaque échéance. Elles seront indexées le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année sur la base de l'indice suisse des prix à la consommation en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre précédent, l'indice de référence étant de 104.3 (indice à la date de l'arrêt d'appel; base 100 = mai 2000).

5. Al. 1 inchangé.

Al. 2: Au titre de liquidation du régime matrimonial et des rapports pécuniaires entre époux, Y versera à son époux la somme de 33'106 francs 85.

6. En application de l'art. 124 CC, X versera à son épouse la somme de 31'756 francs 85.
9. Chaque partie supporte la moitié des frais judiciaires et honore son mandataire, la demanderesse étant condamnée à restituer au défendeur la provision ad litem de 6'000 francs."

- II. Pour la procédure d'appel, chaque partie assume ses dépens et la moitié des frais de justice. Ceux-ci s'élèvent à 2'883 francs (émolument : 2'500 francs; débours : 383 francs).

Fribourg, le 26 octobre 2005