

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 27 juin 2011

Présidence de M. COLOMBINI, juge délégué
Greffier : Mme Sottas

Art. 173 al. 3 CC, 191 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**_____, à Gland, requérante, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 14 avril 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.K.**_____, à Carouge, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 avril 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a autorisé la requérante A.K._____ et l'intimé B.K._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), attribué la garde des enfants O._____, né le [...] 2004, et T._____, née le [...] 2005, à leur mère (II), fixé le droit de visite du père (III), dit que l'intimé contribuera à l'entretien de sa famille par le versement d'une contribution mensuelle de 2'500 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} janvier 2011 (IV), rendu l'ordonnance sans frais ni dépens (V), et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

En droit, le premier juge a fixé la contribution d'entretien due par B.K._____ à 2'500 fr., ce montant correspondant au disponible de l'intimé, et considéré qu'il n'était pas possible d'aller au-delà de cette somme sans entamer le minimum vital du débirentier. A cet égard, il a admis qu'il ne se justifiait pas d'imputer à B.K._____ un revenu hypothétique, dès lors que celui-ci avait déclaré avoir renoncé à son treizième salaire pour s'occuper de ses enfants. S'agissant de l'arriéré de contribution d'entretien réclamé par A.K._____, le premier juge a considéré qu'il ne pouvait lui être alloué sans violer l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) étant donné qu'elle n'avait produit aucun document bancaire établissant que les versements étaient déjà intervenus. Pour le surplus, le premier juge a relevé que d'éventuels arriérés de contribution seraient réglés postérieurement, cas échéant dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Il a enfin relevé que A.K._____ n'avait pas démontré ne pas pouvoir subvenir seule à ses frais d'avocat et que l'intimé n'était pas en mesure de couvrir la totalité du manco de A.K._____ sans entamer son minimum vital, de sorte que la provision ad litem demandée ne pouvait être accordée.

B. Par appel du 26 avril 2011, A.K._____ a conclu avec dépens à réformer le prononcé comme suit: à partir du 1^{er} janvier 2011, B.K._____ est condamné à verser à A.K._____, à titre de contribution d'entretien, le montant mensuel de 3'400 fr., allocations familiales non comprises, pension payable d'avance le 1^{er} de chaque mois en mains de A.K._____ (IV); B.K._____ est condamné à verser à A.K._____, à titre d'arriérés de contribution d'entretien pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010 un montant mensuel de 2'660 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2010 (échéance moyenne), sous déduction des 15'745 fr. déjà versés (V); B.K._____ est condamné à verser immédiatement à A.K._____ le montant de 5'000 fr. à titre de provision ad litem (VI).

L'appelante a en outre requis l'assistance judiciaire. Par décision du 5 mai 2011, le juge délégué lui a accordé celle-ci avec effet au 15 avril 2011 dans la présente procédure d'appel (I), dit que le bénéfice de l'assistance judiciaire consistait dans l'exonération des avances et des frais judiciaires, ainsi que dans l'assistance d'office d'un avocat en la personne de Me Jean-Yves Schmidhauser (II) et l'a astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} juin 2011, à verser auprès du Service Juridique et Législatif (III).

Par mémoire du 26 mai 2011, l'intimé a conclu avec dépens au rejet de l'appel.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

La requérante A.K._____, née le [...] 1975, et l'intimé B.K._____, né le [...] 1975, se sont mariés le [...] 2001. Deux enfants sont issus de cette union, O._____, né le [...] 2004, et T._____, née le [...] 2005. Les époux vivent séparés depuis septembre 2009.

Le 31 janvier 2011, A.K._____ a déposé une requête en mesures protectrices de l'union conjugale. Elle a conclu à l'octroi de

l'assistance judiciaire, à la production par B.K._____ de pièces relatives à ses finances, et sur les mesures protectrices de l'union conjugale, à l'autorisation pour les époux de vivre séparés pour une durée indéterminée (I), à l'attribution de la garde des enfants à leur mère (II), à l'octroi d'un droit de visite pour leur père (III), à ce que B.K._____ soit condamné au versement d'un montant mensuel de 3'400 fr., allocations familiales non comprises, à titre de contribution d'entretien (IV), à ce que B.K._____ soit condamné à lui verser un montant mensuel de 2'660 fr. à titre d'arriérés de contribution d'entretien pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010, avec intérêt à 5% dès le 1^{er} juillet 2010 et sous déduction des 15'745 fr. déjà versés (V), et enfin à la condamnation de B.K._____ au versement immédiat d'un montant de 5'000 fr. à titre de provision ad litem (VI).

Au cours de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 février 2011, les parties ont adopté le régime de la séparation des biens. B.K._____ a adhéré aux conclusions I à III de la requête. Seuls demeuraient litigieux la contribution d'entretien (IV), l'arriéré de contribution (V) et la provision ad litem (VI).

A.K._____ a réalisé jusqu'au 31 décembre 2010 un salaire mensuel net de 4'817 fr. 30. Elle travaille depuis le 1^{er} janvier 2011 en tant que réceptionniste pour un salaire mensuel net de 2'512 fr. 60, treize fois l'an. Après déduction de ses charges incompressibles, A.K._____ a un manco de 2'778 francs.

B.K._____ travaille à 80% pour un salaire mensuel net, rapporté sur douze mois, de 5'879 fr. 10 en 2010. A l'heure actuelle, il réalise un salaire mensuel net de 5'536 fr. 85 selon sa fiche de salaire de janvier 2011. Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale, il a expliqué que son salaire variait chaque mois en fonction de ses horaires et du nombre d'heures effectuées de nuit. Il a aussi indiqué avoir renoncé à son treizième salaire pour 2011 afin de diminuer ses heures de travail et de voir plus souvent ses enfants. B.K._____ donne des cours de Djembé qui lui ont rapporté 252 fr. en 2010 et son activité

d'insonorisation lui a quant à elle rapporté 32 fr. 45. Ses charges incompressibles se montent à 3'000 francs. Le disponible du défendeur s'élève en conséquence à 2'536 fr. 85.

B.K._____ a effectué dès le mois de septembre 2009 divers versements en faveur de A.K._____, ceux-ci se situant entre 1'260 fr. et 1'500 fr. par mois dès le mois de mars 2010, hormis un paiement de 3'700 fr. au mois de novembre 2010.

En droit :

1. a) Le prononcé attaqué a été rendu le 14 avril 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

b) L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. c CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV; loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2010 III 43 c. 2; Tappy, op. cit., p. 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (ibidem, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, 2010, n° 7 ad art. 317 CPC, pp. 1498-1499; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, n° 14 et 16 ad art. 317 CPC, pp. 2032-2033). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la

maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., 2010, n° 2410, p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit. n° 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n° 2415, p. 438; JT 2011 III 43).

En l'espèce, aucune mesure d'instruction n'est requise.

3. a) L'appelante conteste le montant du salaire de l'intimé retenu par le premier juge. Celui-ci a retenu un salaire mensuel net de 5'536 fr. 85, en se fondant sur la fiche de salaire de janvier 2011. Il a par ailleurs retenu que l'intimé avait renoncé à son treizième salaire pour 2011, afin de diminuer ses heures de travail et voir ses enfants plus souvent.

L'appelante fait valoir qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des déclarations de l'intimé sur sa renonciation au treizième salaire et qu'il faut dès lors se fonder sur le certificat de salaire de 2010. En 2010, le revenu net de l'intimé provenant de son activité principale s'est élevé à

71'317 fr. (70'549 fr. + 768 fr. de cotisation pour le rachat de prévoyance professionnelle, qu'il n'y aurait pas lieu de prendre en considération), auxquels il faudrait ajouter des revenus mensuels annexes de 10%, soit de 600 francs. Le revenu mensuel serait dès lors de 6'600 fr. par mois.

b) En l'espèce, il n'était pas critiquable de prendre en considération la situation en 2011, dès lors qu'elle était différente de celle de 2010. Le premier juge pouvait prendre en compte la déclaration de la partie sur sa renonciation au treizième salaire (art. 191 al. 1 CPC), intervenue pour des motifs objectivement soutenable. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de retenir un gain hypothétique sur ce point, contrairement à ce que soutient l'appelante. Cela est d'autant moins le cas que celle-ci, qui travaillait à 80% ou 100% jusqu'au 31 décembre 2010 pour un salaire de 4'817 fr., est actuellement employée comme réceptionniste à 53,75% pour un salaire mensuel de 2'722 francs. Le premier juge aurait pu retenir un salaire hypothétique supérieur, dès lors que l'appelante n'a invoqué aucun motif justifiant cette importante diminution du taux d'activité. Dans ces circonstances, il n'était pas contraire au droit fédéral de se fonder, pour les deux parties, sur leur situation de gain effective.

Pour le surplus, il n'est pas établi que l'intimé, qui a produit les pièces y relatives, réalise des gains accessoires de 600 francs. Le fait qu'il n'ait pas produit ses relevés bancaires pour 2010, comme requis par le premier juge, ne suffit pas à établir les allégations de l'appelante sur ce point. Il n'est pas évident que l'on doive voir une collaboration insuffisante dans ce défaut de production, dès lors que l'intimé a par ailleurs produit des pièces relatives à ses revenus accessoires. A supposer que tel soit le cas, une collaboration insuffisante ne mène pas au renversement du fardeau de la preuve, mais peut seulement influencer l'appréciation globale d'un cas à décider par le juge, en ce sens que ce dernier tiendra compte de l'impossibilité d'une des parties à apporter certaines preuves. Le refus de renseigner ou collaborer peut avoir pour conséquence de convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle des allégations de l'époux récalcitrant, par conséquent à ajouter foi aux revendications de l'autre époux (Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage,

2^{ème} éd., n° 279, p. 178; ATF 118 II 27, JT 1994 I 535). En l'espèce, à défaut de tout autre indice sur le fait que l'étendue de ses activités accessoires ne serait pas celle résultant des pièces produites, on ne saurait ajouter foi aux revendications de l'appelante, laquelle a par ailleurs renoncé à l'audition des témoins destinés à établir les prétendues activités accessoires.

L'estimation selon laquelle le revenu mensuel net de l'intimé s'élève à 5'536 fr. peut ainsi être confirmée. Cela étant, le mode de calcul de la contribution d'entretien et les charges incompressibles des parties n'étant pas contestés, c'est à juste titre que le premier juge a fixé le montant de la contribution à 2'500 fr. par mois, correspondant au disponible de l'intimé.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

4. L'appelante se prévaut de l'art. 173 al. 3 CC pour réclamer une contribution d'entretien pour l'année précédant l'introduction de la requête.

La contribution d'entretien peut être demandée pour l'avenir et pour l'année précédant le dépôt de la requête (ATF 129 III 60 c. 3), l'effet rétroactif visant à ne pas forcer l'ayant droit à se précipiter chez le juge, mais à lui laisser un certain temps pour convenir d'un accord à l'amiable (ATF 115 II 204 c. 4a). L'effet rétroactif ne se justifie que si l'entretien dû n'a pas été assumé en nature ou en espèce ou dès qu'il a cessé de l'être (TF 5A_909/2010 du 4 avril 2011 c. 6.2).

En l'espèce, il résulte du décompte produit par l'appelante que l'intimé a versé à tout le moins des contributions mensuelles de 1'400 à 1'500 fr. par mois, treize fois l'an. Dès lors qu'à cette époque l'appelante réalisait un salaire de 4'817 fr. 30, supérieur de plus de 2'000 fr. à son salaire actuel, on doit retenir que l'entretien a été assumé en espèces et qu'il n'y a pas lieu de fixer de contribution avec effet rétroactif.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

5. L'appelante prétend encore à une provision ad litem.

Dès lors que le montant de la contribution d'entretien mise à charge de l'intimé correspond à son disponible, celui-ci n'a plus de moyens pour verser en sus une provision ad litem.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

6. En conclusion, l'appel doit être rejeté et le prononcé confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5], sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). Dans la mesure de l'art. 123 CPC, l'appelante, qui voit ses conclusions de deuxième instance rejetées, est tenue au remboursement de ces frais judiciaires.

Obtenant gain de cause, l'intimé a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 1'500 francs (art. 106 al. 1 CPC).

7. Le mandataire de l'appelante a envoyé sa liste des opérations le 24 juin 2011, pour un montant total de 28 h. 50, dont seules 6 h. 15 concernent la procédure de deuxième instance. Le juge de céans, compétent pour fixer les dépens de la seule procédure d'appel, confirme les opérations relatives à la présente procédure, et les arrondit à un total de 6 heures d'activité d'avocat. Au taux horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ; règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3), l'indemnité s'élève à 1080 fr., auxquels il

convient d'ajouter la TVA à 8% et des débours par 25 francs. L'indemnité totale doit en conséquence être fixée à 1'190 fr. 40.

L'appelante est tenue, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement de cette indemnité.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le prononcé est confirmé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV. L'indemnité d'office de Me Schmidhauser, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'080 fr. (mille huitante francs), plus 86 fr. 40 (huitante-six francs et quarante centimes) de TVA et 25 fr. (vingt-cinq francs) de débours.
- V. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI. L'appelante A.K._____ doit verser à l'intimé B.K._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 29 juin 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Jean-Yves Schmidhauser (pour A.K. _____),
- Me Gisèle Di Raffaele (pour B.K. _____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF).

Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :