

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 8 juin 2011

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **T.**_____, à Vevey, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles avant mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 28 avril 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **M.**_____, à Vevey, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de "mesures provisionnelles avant mesures protectrices de l'union conjugale" du 28 avril 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a attribué la jouissance du logement conjugal, sis rue de [...], à l'intimé M. _____ qui en paiera le loyer et les charges (I); ordonné à T. _____ de quitter le domicile conjugal d'ici le 3 mai 2011 (II); dit que M. _____ contribuera à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une contribution d'entretien mensuelle de 3'000 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de T. _____, dès et y compris le 1^{er} mai 2011 (III); rendu le présent prononcé sans frais ni dépens (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

Le premier juge a considéré que la situation était particulièrement invivable au sein du domicile familial, que l'enfant [...] rencontrait de graves problèmes de discipline, que le père semblait plus à même que son épouse d'instaurer un certain cadre pour son fils et qu'il convenait, dans l'attente de l'audition d'[...], laquelle était nécessaire à l'attribution de la garde à l'un ou l'autre des parents, et dans l'intérêt et pour le bien-être de l'enfant, d'attribuer provisoirement la jouissance de l'appartement conjugal à l'intimé, moyennant qu'il en paie le loyer et les charges et qu'il contribue à l'entretien de son épouse.

B. Par acte motivé du 3 mai 2011, T. _____ a fait appel de cette décision et pris, avec dépens, les conclusions suivantes :

A) Principalement :

I. Dit que les chiffres I et II de l'ordonnance rendue par le Président du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois le 28 avril 2011 sont annulés;

B) Subsidiairement :

II. Dit que les chiffres I et II de l'ordonnance rendue par le Président du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois le 28 avril 2011 sont modifiées en ce sens que :

I. Attribue la jouissance du domicile conjugal, sis rue de l'[...], à l'appelante T._____, née T._____;

II. Ordonne à M._____ de quitter le domicile conjugal d'ici au 31 mai 2011;

C) Encore plus subsidiairement :

III. Dit que l'ordonnance rendue par le Président du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois le 28 avril 2011 est annulée, le dossier de la cause étant retourné au Juge de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants."

L'appelante a sollicité l'effet suspensif, qui lui a été refusé par décision du 4 mai 2011.

Par lettre du 3 mai 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a fait savoir au conseil de l'appelante qu'il était en l'état renoncé à la perception d'une avance de frais, le sort de la requête d'assistance judiciaire étant réservé pour le surplus.

Par prononcé du 23 mai 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à T._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 3 mai 2011, dans la procédure d'appel qui l'oppose à M._____ (I), dit que le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé dans la mesure suivante : 1a. exonération d'avances; 1b. exonération des frais judiciaires; 1c. assistance d'office d'un avocat en la personne de Me Véronique Fontana (II), astreint T._____ à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} juin 2011, à verser auprès du Service compétent (III).

Aux termes de sa réponse du 2 juin 2010, M._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de l'appelante et au maintien de l'ordonnance du 28 avril 2011.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, nécessaires à l'examen de la cause, sur la base de l'ordonnance entreprise, complétée par les pièces du dossier :

1. T._____, née T._____ le [...], et M._____, né le [...], se sont mariés le [...].

Deux enfants sont issus de leur union :

- [...], né le [...], aujourd'hui majeur, et
- [...], né le [...].

Le 22 mars 2011, T._____ a saisi le juge des mesures protectrices de l'union conjugale et conclu en substance, avec dépens, à l'autorisation de vivre séparée de son époux pour une durée indéterminée, à la garde sur l'enfant Axel, moyennant libre et large droit de visite du père sur son fils, à l'attribution du domicile conjugal en tant qu'elle en paie le loyer et les charges, ordre étant donné à l'intimé de le quitter au plus tard le 30 avril 2011 sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 220) et au service d'une contribution de M._____ à l'entretien des siens de 5'500 fr. par mois, allocations familiales en sus, payable d'avance le 1^{er} de chaque mois dès le 1^{er} avril 2011.

Par réponse du 21 avril 2011, l'intimé a pris des conclusions symétriques en sa faveur s'agissant notamment du droit de garde et de la jouissance du domicile conjugal.

2. Les parties et leurs conseils ont été entendus à une audience du 26 avril 2011, qui a donné lieu à la décision querellée. Celle-ci retient en substance que les époux rencontrent de sérieuses difficultés conjugales depuis plusieurs années, que la tension entre eux est actuellement exacerbée et que le dialogue est totalement rompu au point que la situation est aujourd'hui invivable au domicile conjugal.

La conciliation tentée à l'audience d'appel du 8 juin 2011 a échoué en l'état, mais les époux ont exposé qu'ils souhaitaient mettre en œuvre une médiation.

Les parties rencontrent de grandes difficultés à exercer leur autorité sur leur fils cadet. [...] rencontre de graves problèmes de discipline. Il consomme du cannabis et de l'alcool. Il est en rupture scolaire; il a été exclu des cours par la Direction du Gymnase [...] à plusieurs reprises durant le printemps 2010 et dès janvier 2011. Au début de cette année, il a commis avec des camarades des déprédations à la propriété d'un sieur [...].

Si l'appelante a accompagné son fils lors d'un entretien de la conseillère de classe d[...] en janvier 2010, l'intimé s'est rendu à deux reprises durant le printemps 2011 avec son fils chez la pédopsychiatre [...]. La mère a participé à la seconde séance. Un "contrat de confiance" entre Axel et son père, non daté, a été signé, aux termes duquel l'adolescent s'est engagé à avoir un comportement correct au gymnase, à travailler sérieusement et à ne sortir que le week-end jusqu'à une heure du matin, faute de quoi le père interdira toutes sorties, séquestrera l'iphone de son fils et annulera l'abonnement "Orange" s'y rapportant.

[...] a été entendu par le Président du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois le 31 mai 2011. Une audience devant ce magistrat aura lieu le 21 juin 2011.

En droit :

1. **1.1** L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les prononcés de mesures protectrices étant régis par la

procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un 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 non patrimoniales, le présent appel est recevable.

En l'espèce, on peut se demander si le code de procédure civile laisse la place à des mesures provisionnelles ordonnées au sein d'une procédure de mesures protectrices qui relève elle-même des mesures provisionnelles. On ne peut l'exclure d'emblée : s'il est possible de rendre des mesures provisionnelles sans entendre même l'autre partie, il devrait aussi s'avérer concevable de rendre des mesures provisionnelles ou superprovisionnelles après que les parties aient été entendues en audience.

Dès lors qu'en l'occurrence toutefois les mesures préprotectrices ont été rendues après audience, elles constituent matériellement des mesures protectrices de sorte que l'appel est recevable (cf. Reetz/Theiler, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], n. 34 ad. art. 308 CPC qui n'excluent l'appel que contre les mesures préprotectrices rendues sans audition de la partie adverse).

1.2 Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 277 al. 1 CPC sont remplies – soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification – et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., p. 140). Cette limitation ne vaut pas lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, ZPO-Komm, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, les conclusions ne sont pas nouvelles ou portent sur des questions qui doivent être examinées d'office.

1.3 L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 PC). 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 l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.*, p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, *ibid.*, p. 136).

1.4 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., pp. 136-137). 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 (Tappy, *ibid.*, pp. 136-137).

Toutefois, des *novas* peuvent 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, *ibid.*, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2^e éd., n. 2415 p. 438).

En l'espèce, à partir du moment où le couple a un enfant mineur, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, op. cit., nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par

chacune des parties devraient donc être considérées comme des novas susceptibles d'être examinés par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC. Peu importe toutefois, vu ce qui suit.

2. Selon la manière dont on qualifie la décision rendue, le premier juge a, soit rendu une décision de mesures provisionnelles avant mesures protectrices qui n'était pas requise, soit décidé d'office de disjoindre une partie des mesures protectrices alors qu'une telle disjonction n'avait pas été requise, que les parties n'ont été interpellées ni entendues à ce propos et qu'on peut enfin se demander si la procédure sommaire applicable aux procédures de mesures protectrices laisse réellement la place à une telle décision de disjonction.

Surtout, il était inadéquat, sinon arbitraire, d'attribuer le logement conjugal à l'une des parties en instruisant et en se prononçant dans les considérants sur des questions relatives aux relations de l'enfant avec chacun des parents et en fondant l'attribution du logement conjugal sur l'intérêt et le bien-être d'un enfant qui n'avait pas encore été entendu et à propos duquel il n'avait pas encore été statué. Le sort des conclusions de mesures protectrices étant indissociable du sort de l'enfant, il était indispensable en l'espèce de suspendre les débats pour que celui-ci puisse être entendu.

Pour les motifs qui précèdent, l'appel doit être admis et l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 avril 2011 annulée.

3. Les frais judiciaire de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). Vu l'issue de cette procédure, ils peuvent être laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC).

L'appelante a droit à des dépens d'appel dont le principe et le montant relèvent de la procédure fédérale (art. 405 al. 1 CPC). Ils

comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont fixés d'office (art. 105 CPC), selon le tarif (art. 96 CPC) des dépens en matière civile (TDC [tarif des dépens en manière civile du 23 novembre 2010; RS 270.11.66]). En règle générale, la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC) doit verser à la partie victorieuse tous les frais nécessaires causés par le litige (art. 37 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]). Toutefois, en droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, soit en équité (art. 107 al. 1 CPC). En l'espèce, il se justifie de fixer les dépens dus à l'appelante, qui n'a pas produit de liste de frais (art. 105 al. 2 CPC), à 1'000 francs.

Par prononcé du 23 mai 2011, l'appelante a obtenu l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel. Son conseil doit être rémunéré équitablement pour les opérations nécessaires à l'appel (art. 122 al. 2 CPC et 2 du règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile), par 885 fr. 60 selon le décompte suivant : 720 fr. d'honoraires, 100 fr. de débours et 65.60 de TVA au taux 2011 de 8%. La bénéficiaire de l'assistance est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

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 admis.
- II. L'ordonnance de mesures provisionnelles avant mesures protectrices du 28 avril 2011 est annulée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. Le montant de l'indemnité due au conseil d'office de l'appelante T._____ est fixé à 885 fr. 60 (huit cent huitante-cinq francs et soixante centimes).

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 mise à la charge de l'Etat.

VI. L'intimé M._____ doit verser à l'appelante T._____ la somme de 1'000 fr. (mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du juin 2011

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 Véronique Fontana (pour T._____),
- Me Eduardo Redondo (pour M._____).

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 :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :