

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 13 septembre 2012

Présidence de M. PELLET, juge délégué
Greffière : Mme Egger Rochat

Art. 176 al. 1 CC ; 117, 276 al. 1, 308, 317 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **E.**_____, à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 28 juin 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.S.**_____, à [...], requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 juin 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment dit que A.S. _____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de E. _____, à compter du 1^{er} janvier 2012, d'un montant de 3'050 fr., allocations familiales éventuelles en sus.

En droit, le premier juge a retenu, au regard de la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, un montant de 3'773 fr. à titre de minimum vital et charges pour le requérant et un montant de 6'659 fr. à titre de minimum vital et charges pour l'intimée. Après avoir couvert le déficit de 2'847 fr. 50 de l'intimée avec l'excédent de 3'139 fr. 50 du requérant, le premier juge a réparti le solde disponible de 292 fr. en fonction de deux tiers pour l'intimée et d'un tiers pour le requérant et arrondi la contribution d'entretien à 3'050 fr. par mois au lieu de 3'042 fr. 15.

B. Par acte du 9 juillet 2012, accompagné d'un bordereau de pièces, E. _____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, concluant, avec suite de frais et dépens, préalablement à ce que le bénéfice de l'assistance judiciaire lui soit accordé dans le cadre de la procédure d'appel, à ce que cette procédure soit assortie de l'effet suspensif et à ce qu'une expertise portant sur la comptabilité de la société [...] Sàrl, l'entier des activités qu'elle déploie, la fonction de l'appelé au sein de la Sàrl, l'ensemble de ses activités professionnelles et le train de vie de ce dernier soit ordonnée ; principalement à la réforme du chiffre VI du dispositif de dite ordonnance, en ce sens que la contribution d'entretien mise à la charge de A.S. _____ en faveur des siens soit fixée à 6'000 fr., subsidiairement à 4'200 fr. allocations familiales non comprises, et plus subsidiairement à un montant à préciser après le dépôt du rapport d'expertise.

Par lettre du 16 juillet 2012, le juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

Par courrier du 3 septembre 2012, l'intimé A.S._____ a déposé ses déterminations dans le délai de dix jours qui lui avait été imparti.

Les parties ont été entendues à l'audience d'appel du 13 septembre 2012. L'intimé a produit une nouvelle pièce relative au chiffre d'affaires de la société [...], A.S._____ pour l'année 2010.

Par courrier du 13 septembre 2012, le conseil d'office de l'appelante a produit sa liste des opérations effectuées dans la présente procédure.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance querellée, complétée par les pièces du dossier :

1) Les parties, E._____ et A.S._____, se sont mariées le [...] 1995 et ont eu deux enfants : B.S._____, née le [...] 1996 et C.S._____, née le [...] 1999.

Vivant séparées depuis le 1^{er} octobre 2009, elles sont divisées par une procédure en divorce ouverte par demande unilatérale de A.S._____ du 23 novembre 2011.

2) Par requête de mesures provisionnelles du 3 janvier 2012, A.S._____ a conclu à ce que la contribution d'entretien due pour les siens soit réduite à 1'800 fr. par mois, dès et y compris le 1^{er} janvier 2012, étant précisé que celle-ci avait été fixée à 4'200 fr. par mois, allocations familiales en sus, par convention du 28 avril 2010.

Par procédé écrit du 13 juin 2012, E._____, intimée en première instance, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises au pied des requêtes des 3 janvier et 10 février 2012, et reconventionnellement, à la mise en œuvre d'une expertise portant notamment sur les comptes de la société fiduciaire [...] Sàrl.

Les parties ont été entendues à l'audience de mesures provisionnelles du 15 juin 2012.

3) Concernant la situation financière des parties, le requérant travaillait en qualité de comptable indépendant sous la raison individuelle [...], A.S._____, jusqu'au 31 décembre 2010.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, le requérant est salarié de la société fiduciaire [...] Sàrl en tant que comptable et perçoit, à ce titre, un salaire mensuel net de 6'912 fr. 50.

Chaque mois, le requérant assume les charges suivantes : un loyer de 1'400 fr., une prime d'assurance maladie de 340 fr. et des frais de transport à hauteur de 683 fr.

La raison individuelle du requérant affichait un bénéfice net de 105'974 fr. 96 en 2010, selon le bilan établi par le requérant pour sa déclaration d'impôts de l'année 2010 ; ce bilan a été annexé à dite déclaration à l'attention des autorités fiscales. Ce bilan retient au poste « Actif - Réalisables : débiteurs » un montant de 45'061 fr. 31.

Selon un relevé de compte bancaire de l'ancienne raison individuelle du requérant de l'année 2011, ce dernier a reçu le montant de 47'265 fr. 35, montant perçu en sus de son salaire, composé de montants équivalant à des paiements de factures et de montants correspondant à un décompte d'intérêts de 11 fr. 40 du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011, un remboursement d'honoraires de 2'160 fr. payés par les clients par erreur sur ce compte, d'un retour de 30 fr. 44 à la suite d'un ordre

imprécis donné par le requérant et d'un crédit d'un solde cash restant sur une carte de 2 fr. 20.

Pour sa part, l'intimée travaille en qualité d'assistante médicale pour le compte de la [...] à un taux d'activité de 70% et perçoit, à ce titre, un revenu mensuel net de 3'811 fr. 50, allocations familiales par 400 fr. comprises.

Ayant la garde de ses filles, l'intimée a vécu avec elles dans un appartement d'un loyer mensuel de 2'200 fr. jusqu'à la fin du mois de juillet 2012 et, depuis le 1^{er} août 2012, dans un appartement de quatre pièces d'un loyer mensuel de 2'400 fr. En outre, elle assume les charges suivantes : les primes d'assurance maladie de 524 fr., des frais de transport de 175 fr., des frais de repas pour elle-même de 160 fr., des frais de repas pour B.S. _____ de 160 fr., des frais médicaux de 200 fr., des frais de véhicule, assurance comprise, de 150 fr. et 500 fr. pour les activités des deux enfants.

En droit :

1. L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126).

Le juge délégué de la Cour d'appel est compétent pour statuer en qualité de juge unique sur un appel formé contre une ordonnance de mesures provisionnelles, en vertu de l'art. 84 al. 2 LOJV (loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1989, RSV 173.01).

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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

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). 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 (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

Les restrictions posées par l'art. 317 CPC s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JT 2011 III 43).

b) En l'espèce, les pièces produites tant par l'appelante que par l'intimé sont susceptibles d'influencer la fixation de la contribution d'entretien due par l'intimé en faveur de son épouse et de ses filles mineures, de sorte qu'elles sont recevables.

De plus, l'état de fait doit être complété de manière à tenir compte des éléments établis lors de l'instruction de l'audience d'appel du 13 septembre 2012, en particulier ceux concernant le paiement des honoraires dus pour l'année 2010 par les clients de la raison individuelle de l'intimé mais versés au cours de l'année 2011.

3. a) L'appelante soutient que l'intimé disposerait d'autres revenus que ceux établis en première instance, soit un salaire mensuel de 6'912 fr. versé par la société [...] Sàrl. Elle fait valoir qu'il ressort d'un relevé de compte bancaire de l'intimé établis pour les périodes du 1^{er} janvier au 29 février 2012 et du 1^{er} mars au 31 mai 2012 que, certains mois de l'année 2011, les revenus de l'intimé ont dépassé le salaire mensuel retenu. Ainsi, l'intimé aurait perçu des revenus nets de 89'507 fr. 85 pour l'année 2011 et non de 84'998 fr., tel qu'indiqué dans le certificat de salaire établi pour cette année. En outre, les extraits d'un autre compte bancaire démontrent que, en 2011, l'intimé a encore perçu des honoraires à titre d'indépendant, de sorte que l'ensemble de ses revenus en 2011 totaliserait 135'649 fr. 15 (89'507 fr. 85 + 46'141 fr. 30). L'appelante sollicite d'ailleurs la mise en œuvre d'une expertise comptable permettant de déterminer l'ensemble des revenus réalisés dans le cadre des activités de la société [...] Sàrl.

b) Les mesures protectrices de l'union conjugale sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire, avec une administration restreinte des moyens de preuve et une limitation du degré de la preuve à la simple vraisemblance (ATF 127 III 474 c. 2b/bb). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à

l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 c. 5 ; TF 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 c. 1.3).

Dans le cadre de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 120 II 352 c. 2b), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011, c. 3.2 ; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011 c. 4.2 *in fine* ; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2 ; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3), ce qui exclut la mise en œuvre d'une expertise financière sur les revenus d'une partie (CACI 6 février 2012/59 ; CACI 25 août 2011/211 ; Chaix, Commentaire romand, n. 7 ad art. 176 CC).

c/a) En conséquence, la requête d'expertise doit être rejetée. De toute manière, le juge délégué a procédé à une instruction complémentaire à l'audience d'appel comme on le verra ci-après.

c/b) Lors de l'instruction à l'audience d'appel du 13 septembre 2012, l'intimé a fourni les explications comptables relatives à ses « autres revenus » pour l'année 2011.

Les montants crédités à titre de paiements de factures au cours de l'année 2011 correspondent à des honoraires dus pour des prestations qu'il avait fournies à ses clients pendant l'année 2010, alors qu'il était encore en raison individuelle, et pour lesquelles les prestataires n'avaient pas versé les honoraires d'ici la fin de l'année 2010, mais ne les ont payés qu'en 2011. Les revenus indiqués dans ce relevé de compte d'un montant de 47'265 fr. 35 équivalent, après déduction de crédits de l'ordre de 44 fr. et d'honoraires de clients versés par erreur sur le compte de la raison individuelle de 2'160 fr., au montant de 45'061 fr. 31 retenu au poste « Actif - Réalisables : débiteurs » du bilan de la raison individuelle établi pour l'année 2010, lequel retient un bénéfice de 105'974 fr. 96. Ce bilan a servi de base à la déclaration d'impôts de l'année 2010, qui indique ce montant comme chiffre d'affaires total à titre

d'activité indépendante, et à l'appui de laquelle le bilan a été annexé à l'attention des autorités fiscales.

Les explications de l'intimé sont ainsi convaincantes, de sorte qu'il ne se justifie pas de retenir des revenus plus élevés pour l'année 2011 que ceux retenus par le premier juge. Le grief de l'appelante sur ce point doit être rejeté.

4. a) L'appelante fait ensuite valoir que ses charges incompressibles ne s'élèvent pas à 6'659 fr. comme retenu dans la décision attaquée, mais à 7'667 fr. par mois.

b) C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 p. 425 ; TF 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2 ; TF 5A_475/2011 du 12 décembre 2011 c. 4.1).

Lorsque la situation financière est serrée, comme en l'espèce, la franchise mensuelle dont l'époux doit s'acquitter en remboursement de l'assistance judiciaire qui lui a été accordée ne doit pas être prise en compte dans les charges incompressibles (Juge délégué CACI 9 septembre 2011/238).

Il en va de même des impôts des époux (ATF 127 III 289 c. 2a/bb ; ATF 126 III 353 c. 1a/aa).

c/a) A titre préliminaire, il convient de rectifier le montant des charges de l'appelante retenu par le premier juge, dans la mesure où la décision attaquée contient une erreur de calcul. Le minimum vital de l'appelante s'élève à 6'619 fr. au lieu de 6'659 fr., de sorte que le solde disponible à répartir entre les parties se monte à 332 fr. après que l'excédent de 3'139 fr. 50 de l'intimé a permis de couvrir le déficit de 2'807 fr. 50 de l'appelante. Ainsi, en tenant compte de la répartition de deux tiers en faveur de cette dernière et d'un tiers en faveur de l'intimé, le

montant obtenu pour la contribution d'entretien aurait été de 3'006 fr. 70, montant arrondi à 3'050 fr. par le premier juge.

c/b) Le premier juge a retenu le montant de 200 fr. à titre de frais médicaux, tel qu'il résulte du budget établi par l'appelante sous pièce 101. C'est en vain qu'elle en demande l'augmentation en deuxième instance, cela d'autant qu'elle se borne à affirmer que le montant serait supérieur sans fournir le moindre élément probatoire.

c/c) La situation financière des parties étant serrée, il ne se justifie pas de tenir compte de la franchise d'assistance judiciaire ni de la charge fiscale de l'appelante dans ses charges incompressibles.

c/d) Quant au loyer de 2'400 fr. revendiqué par l'appelante, il concerne un logement qu'elle occupe depuis le 1^{er} août 2012 conformément au contrat conclu le 9 juillet 2012. Si ce nouveau loyer doit être retenu dans le calcul des charges de l'appelante, il ne diffère que sensiblement de celui retenu dans la décision attaquée. En retenant un loyer mensuel de 2'200 fr., le découvert avant pension de l'appelante se montait à 2'807 fr. 50 et justifiait une contribution d'entretien de 3'006 fr. 70 selon le calcul de la méthode dite du minimum vital, alors qu'en retenant un loyer mensuel de 2'400 fr., ce qui entraîne des charges de 6'819 fr., le découvert de 3'007 fr. 50 aboutirait à une contribution de 3'086 fr. 70.

Par conséquent, si les charges de l'appelante ont légèrement augmenté, ce n'est pas pour autant qu'il se justifie de modifier le montant de la contribution d'entretien. Le premier juge ayant fixé la contribution d'entretien et arrondi le montant de celle-ci vers le haut, il n'y a pas lieu de la modifier.

Quant au salaire de l'appelante, c'est à juste titre que le premier juge a retenu un montant de 3'811 fr. 50, comprenant les allocations familiales par 400 fr., dans la mesure où c'est la requérante qui les perçoit directement pour l'entretien de ses enfants. Les déduire des

revenus de l'appelante entamerait le minimum vital de l'intimé, ce qui contreviendrait au principe selon lequel il convient de respecter le minimum d'existence du débiteur (SJ 2007 I 181 s. et réf. citées ; dans ce sens : TF, 5C.197/2004 c. 4.3).

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée.

6. En vertu de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès.

Au vu des revenus de l'appelante, et la cause ayant nécessité une instruction complémentaire, l'appelante doit bénéficier de l'assistance judiciaire selon l'art. 118 al. 1 CPC dans la mesure où un avocat d'office lui est désigné en la personne de Me Anne-Rebecca Bula (let. c), et que l'exonération des frais judiciaires lui est accordée (let. b). L'appelante participera aux frais de procès en versant une franchise mensuelle de 50 francs.

7. a) Dès lors que l'appelante succombe, son conseil d'office sera rémunéré par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a CPC) et les frais judiciaires de deuxième instance, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

L'appelante versera à l'intimé des dépens à hauteur de 1'200 fr. pour la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. d CPC).

b) Il convient encore d'arrêter l'indemnité du conseil d'office de l'appelante. Me Anne-Rebecca Bula ayant consacré neuf heures aux opérations nécessaires à la présente cause, il y a lieu de lui allouer une

indemnité d'office de 1'803 fr. 60, équivalant à 1'620 fr. d'honoraires (9 heures x 180 fr.) et 50 fr. de débours, TVA au taux de 8% comprise (art. 2 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]).

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 due à son conseil d'office mis 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,
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. Le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé à E. _____ avec effet au 9 juillet 2012, dans la procédure d'appel qui l'oppose à A.S. _____.
- IV. Le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé dans la mesure suivante :
 - 1a. exonération des frais judiciaires;
 - 1b. assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Anne-Rebecca Bula ;
- V. E. _____ est astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs) dès et y compris le 1^{er} octobre 2012, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, à 1014 Lausanne.

- VI.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VII.** L'indemnité d'office de Me Anne-Rebecca Bula, conseil de l'appelante E._____, est arrêtée à 1'803 fr. 60 (mille huit cent trois francs et soixante centimes).
- VIII.** 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 à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- IX.** L'appelante E._____ versera à l'intimé A.S._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- X.** L'arrêt est immédiatement exécutoire.

Le juge délégué :

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 Anne-Rebecca Bula (pour E._____),
- Me Lorraine Ruf (pour A.S._____).

Le juge délégué de 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 :

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

La greffière :