

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 29 août 2017

Composition : Mme KÜHNLEIN, juge déléguée
Greffière : Mme Choukroun

* * * * *

Art. 107 al. 2 LTF; art. 163 CC

Saisi par renvoi de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral et statuant à huis-clos sur l'appel interjeté par **A.W.** _____, à [...], requérante, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 8 août 2016 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.W.** _____, à [...], intimé, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par arrêt du 6 octobre 2016, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a en substance rejeté l'appel de A.W._____ (I), confirmé l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugales rendue le 8 août 2016 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (II), accordé à A.W._____ l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel (III), laissé les frais judiciaires de deuxième instance, par 600 fr., à la charge de l'Etat (IV), fixé l'indemnité d'office du conseil d'office de l'appelante à 1'181 fr. 15 (V), dit que la bénéficiaire de l'assistance judiciaire était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat (VI) et dit que l'appelante devait verser à l'intimé le montant de 1'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (VII).

B. Par arrêt du 26 juin 2017 (TF 5A_894/2016), la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a partiellement admis le recours déposé par A.W._____ contre l'arrêt précité, dans la mesure où il était recevable et annulé l'arrêt attaqué, la cause étant renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants (I), a rejeté la requête d'assistance judiciaire de A.W._____ (2), réparti les frais judiciaire, arrêtés à 2'500 fr., par moitié entre chacune des parties (3) et compensé les dépens (4).

Les juges fédéraux ont considéré qu'il n'était pas arbitraire de retenir qu'au moment de la négociation de la convention passée à l'audience du 11 mars 2015 les parties s'étaient fondées sur des revenus réalisés deux à trois ans auparavant ni que le revenu du débirentier était de 12'000 fr. à 13'000 fr., ni que la déclaration d'impôt 2013 avait été produite à l'audience – ce qui n'était d'ailleurs par décisif car on arrivait à la même solution avec la déclaration d'impôt 2012. Le fait que le revenu du débirentier au moment de la fixation de la pension n'était que de 9'800 fr n'était qu'une supposition. Au demeurant, les faits plaidés par la recourante devaient être considérés comme faisant partie des éléments

factuels pris en considération par les époux lors de la conclusion de la convention et, pour ce motif également, une modification ou une adaptation du régime mis en place à cette date n'était dès lors pas possible.

Par ailleurs, les juges fédéraux ont retenu que le juge délégué n'avait pas examiné – pas même implicitement – les moyens développés par l'appelante pour contester le refus de provisio ad litem et d'octroi d'assistance judiciaire. Les magistrats ont indiqué que "s'il est vrai qu'un conjoint ne pourrait obtenir une provision ad litem pour une procédure qu'il aurait initiée et qui apparaîtrait d'emblée infondée ou dilatoire, et que, de même, l'assistance judiciaire ne peut être accordée lorsque les conclusions sont d'emblée dénuées de chance de succès, le Juge délégué a en l'occurrence accordé l'assistance judiciaire à la recourante pour la procédure d'appel, considérant notamment qu'il ne se justifiait pas de considérer que ses conclusions apparaissaient d'emblée vouées à l'échec. Il s'ensuit qu'en ne traitant pas la question qui lui avait été soumise en lien avec l'octroi, en première instance, d'une provisio ad litem, subsidiairement de l'assistance judiciaire, l'autorité cantonale a violé l'art. 29 al. 1 Cst."

C. Les parties se sont déterminées sur les conclusions de l'arrêt fédéral par actes des 28 juillet et 2 août 2017.

En droit :

1. La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) ne connaît pas de disposition expresse équivalente à l'art. 66 al. 1 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ) qui prévoyait que l'autorité cantonale était tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral (cf. art. 107 al. 2 LTF). Cette règle demeure toutefois valable sous le nouveau droit (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001, p. 4143 ;

TF 5A_336/2008 du 28 août 2008 consid. 1.3 et les réf. citées ; TF 4A_71/2007 du 19 octobre 2007 consid. 2.2 ; TF 4A_138/2007 du 19 juin 2007 consid. 1.5). Ce principe général de procédure est valable même en l'absence de disposition légale expresse (ATF 99 la 519 ; TF 4A_646/2011 du 26 février 2014 consid. 3.2, Revue suisse de procédure civile [RSPC] 2013, p. 319), également en procédure cantonale (CREC I 23 novembre 2001/808 et les réf. citées). Sous l'empire de la procédure fédérale, le renvoi prévu à l'art. 318 al. 1 let. c CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) a les mêmes conséquences (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 318 CPC).

Le tribunal auquel la cause est renvoyée voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'il est lié par ce qui a déjà été jugé définitivement par le Tribunal fédéral (ATF 133 III 201 consid. 4.2 ; CREC I 12 novembre 2008/514) et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui. La juridiction cantonale n'est donc libre de sa décision que sur les points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt de renvoi ou dans la mesure où elle se fonde sur des faits complémentaires établis postérieurement à cet arrêt (Poudret, Commentaire sur la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, 1990, n. 1.3.2 ad art. 66 aOJ, p. 598 ; TF 5A_336/2008 du 28 août 2008 consid. 1.3 et les réf. citées). Les considérants de l'arrêt retournant la cause pour nouvelle décision à l'autorité cantonale lient aussi le Tribunal fédéral et les parties (ATF 133 III 201 consid. 4.2 ; ATF 125 III 421 consid. 2a).

2. Le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt du 6 octobre 2016 et renvoyé le dossier à l'autorité de céans pour qu'elle se prononce sur le grief formulé par l'appelante s'agissant du refus de lui accorder la provision ad litem qu'elle avait requise en première instance.

2.1 La provision ad litem peut être accordée au stade des mesures protectrices de l'union conjugale déjà (cf. TF_5A 793/2008 du 8 mai 2009 consid. 6.2; CREC 15 juin 2012/220). Elle est due au conjoint qui ne

dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce ; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 la 99 consid. 4 ; TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 consid. 2). Le fondement de cette prestation - devoir d'assistance (art. 59 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) - est controversé, mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi (ATF 138 III 672 consid. 4.2.1). L'obligation de fournir une *provisio ad litem* dépend en première ligne de la situation de besoin de la partie qui la requiert. Se trouve dans le besoin celui qui ne pourrait pas assumer les frais d'un procès sans recours à des moyens qui lui sont nécessaires pour couvrir son entretien courant et celui de sa famille. L'appréciation de cette circonstance intervient sur la base de l'examen d'ensemble de la situation économique de la partie requérante, c'est-à-dire d'une part de toutes ses charges et d'autre part de sa situation de revenus et de fortune. Les besoins d'entretien courant ne doivent pas systématiquement être assimilés au minimum vital du droit des poursuites, mais doivent être adaptés à la situation individuelle (De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, 2013, n. 2.5 ad art. 163 CC et les réf. citées).

La *provisio ad litem* a pour but de permettre à chaque conjoint de défendre correctement ses propres intérêts dans une procédure judiciaire, même de nature matrimoniale. Il s'agit d'une simple avance, qui doit en principe être restituée (ATF 66 II 70 consid. 3; TF 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6.2). Il appartient au juge, dans le jugement de divorce, de statuer sur la question de l'éventuelle restitution de cette avance dans le cadre de la répartition des frais et des dépens (ATF 66 II 70 consid. 3; TF 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6.2).

Lorsqu'une provision *ad litem* est versée à l'un des époux et que ce dernier succombe dans l'action, il devra en principe rembourser l'avance à celui qui l'a fournie (CACI 19 octobre 2015/720 consid. 5.6b).

2.2 Un conjoint ne peut obtenir une proviso ad litem pour une procédure qu'il aurait initiée et qui apparaîtrait d'emblée infondée ou dilatoire (TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 consid. 4.4 cité par le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi; TF 5P.184/2005 du 18 juillet 2005 consid. 3.2).

De jurisprudence constante, le devoir de l'Etat d'accorder l'assistance judiciaire à un plaideur impécunieux dans une cause non dénuée de chances de succès est subsidiaire par rapport aux obligations d'assistance découlant du droit de la famille. La partie qui ne dispose pas des moyens suffisants pour assumer les frais d'un procès, mais dont le conjoint est en mesure de prendre en charge ces frais, ne peut dès lors pas requérir de l'Etat l'octroi de l'assistance judiciaire (ATF 138 III 672 consid. 4.2.1 et les références; ATF 119 la 11 consid. 3a; ATF 108 la 9 consid. 3; TF 5A_928/2016 du 22 juin 2017 consid. 8; TF 5A_315/2016 du 7 février 2017 consid. 11 et la jurisprudence citée; TF 5C.42/2002 du 29 septembre 2002 consid. 6, non publié aux ATF 129 III 55).

2.3 En l'espèce, le premier juge a refusé à l'appelante l'octroi de la proviso ad litem requise au motif qu'elle avait succombé dans son action qui paraissait d'emblée mal fondée. Elle n'était en effet pas parvenue à démontrer que la situation de l'intimé avait notablement et durablement changé de sorte qu'il n'y avait en définitive pas lieu de modifier le montant de la contribution d'entretien due par ce dernier en sa faveur.

Cette analyse ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmée. En effet, les juges fédéraux ont relevé qu'il n'était pas arbitraire de retenir que les éléments dont se prévalait l'appelante pour justifier sa requête avaient été pris en considération par les parties au moment de la négociation de la convention passée à l'audience du 11 mars 2015, de sorte qu'aucune modification notable et durable de la situation prévalant à cette époque ne justifiait l'adaptation requise par l'appelante.

Par ailleurs, la décision du 18 mars 2016 par laquelle le premier juge a refusé d'octroyer à l'appelante le bénéfice de l'assistance judiciaire ne fait que rappeler le principe de subsidiarité de l'assistance judiciaire par rapport au devoir d'assistance du conjoint. Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, cette décision ne doit pas être interprétée en ce sens que la provisio ad litem était nécessairement due dans le cas d'espèce, car sa requête pouvait encore être considérée comme d'emblée infondée. En outre, l'appelante ne saurait tirer argument du fait que dans son arrêt du 6 octobre 2016, le juge délégué de la cour de céans ait accordé à l'appelante le bénéfice de l'assistance judiciaire, son appréciation finale ayant conduit au même résultat et l'arrêt ayant été annulé par le Tribunal fédéral. Le moyen, mal fondé, doit être rejeté.

3.

3.1 En définitive, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée dans son intégralité.

3.2 Selon l'art. 5 al. 1 TFJC (tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5), pour le jugement d'une cause renvoyée ensuite d'un arrêt du Tribunal fédéral, il n'est pas perçu de nouvel émolument forfaitaire de décision.

Vu l'issue du litige (art. 106 al. 1 CPC), les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat, l'appelante étant au bénéfice de l'assistance judiciaire.

3.3 Bien que l'arrêt du 6 octobre 2016 rendu par le juge délégué de la Cour de céans ait été annulé, et même s'il est constaté que la cause est dénuée de chance de succès, il n'y a pas lieu de revenir sur l'octroi de l'assistance judiciaire accordée à l'appelante pour la procédure d'appel, sous peine de procéder à une reformatio in pejus. Il ne sera en revanche pas tenu compte des opérations effectuées par le conseil de l'appelante

après l'arrêt de renvoi rendu par le Tribunal fédéral, son indemnité pour la procédure d'appel étant maintenue à 1'181 fr. 15.

Dans la mesure de l'art. 123 CPC, la bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

3.4 L'appelante versera à l'intimé le montant de 1'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 9 al. 2 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la juge déléguée
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. L'assistance judiciaire est accordée à A.W._____ pour la procédure d'appel, Me Cornelia Seeger Tappy étant désignée en qualité de conseil d'office.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V. L'indemnité d'office de Me Cornelia Seeger Tappy, conseil d'office de l'appelante A.W._____, est arrêtée à 1'181 fr. 15 (mille cent huitante-et-un francs et quinze centimes), TVA et débours compris.

VI. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office, mis à la charge de l'Etat.

VII. L'appelante A.W._____ doit verser à l'intimé B.W._____ le montant de 1'000 fr. (mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.

VIII. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Cornelia Seeger Tappy (pour A.W._____),
- Me Habib Tabet (pour B.W._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La juge déléguée 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), le 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).

La greffière :