

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 26 avril 2011

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffier : Mme Michod Pfister

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **K.G.**_____, à Lausanne, contre le prononcé rendu le 23 mars 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.G.**_____, à Montreux, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé du 23 mars 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ratifié une convention conclue entre les époux A.G._____ et K.G._____ les autorisant à vivre séparément et réglant l'attribution du domicile conjugal, l'attribution de la garde et les modalités du droit de visite sur les enfants du couple (I) ; prononcé la séparation des biens du couple avec effet au 1^{er} octobre 2010 (II) ; astreint A.G._____ à verser aux siens une contribution d'entretien mensuelle de 250 fr., allocations familiales non comprises (III) ; rejeté toutes autres et plus amples conclusions (IV) ; rendu le prononcé sans frais ni dépens (V).

En droit, le premier juge a considéré que A.G._____ réalisait un revenu mensuel net de 2'926 fr 30 et que ses charges se montaient à 2'658 fr. 65, lui laissant un disponible de 267 fr. 65. Il a considéré que K.G._____ bénéficiait, quant à elle, du Revenu minimum d'Insertion (RI) à hauteur de 2'724 fr. 90, que ses charges incompressibles s'élevaient à 3'229 fr. 15 et qu'il en résultait un découvert de 504 fr. 25. Compte tenu du montant disponible de A.G._____, il a fixé la contribution d'entretien mensuelle due par ce dernier à son épouse à 250 fr., allocations familiales non comprises et dues en sus.

B. Par acte motivé du 31 mars 2011, K.G._____ a formé appel contre cette décision, concluant principalement à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien mensuelle soit portée à 5'772 fr 05, subsidiairement à l'annulation du prononcé entrepris.

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

A.G._____, né le [...] 1971, et K.G_____ le [...] 1970, tous deux de nationalité vietnamienne, se sont mariés le [...] 1999 devant l'officier d'état civil de Vevey. Deux enfants sont issus de cette union :

- B.G._____, né le [...] 2002, et
- C.G._____, née le [...] 2004.

A la suite d'une requête de K.G_____, qui réclamait notamment le versement d'une contribution mensuelle d'entretien de 5'772 fr. 05 en sa faveur, une audience de mesures protectrices de l'union conjugale s'est tenue le 7 mars 2011, au cours de laquelle la requérante et A.G._____ ont passé la convention suivante:

I. Parties conviennent de vivre séparées pour une durée d'une année.

II. La garde des enfants B.G._____, né le [...] 2002, et C.G._____, née le [...] 2004, est confiée à leur mère, K.G_____.

III. A.G._____ jouira d'un libre et large droit de visite sur ses enfants à exercer d'entente avec leur mère.

A défaut d'entente, il pourra avoir ses enfants auprès de lui :

- un week-end sur deux du vendredi 18h00 au dimanche 18h00, à charge pour lui de venir les chercher et les ramener,
- le mercredi après-midi après l'école et jusqu'à 17h00, à charge pour lui d'emmener les enfants aux différentes activités qu'ils ont.
- pendant la moitié des vacances scolaires.

IV. La jouissance du domicile conjugal est attribuée à K.G_____, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges."

Les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord s'agissant du montant de la contribution d'entretien, laquelle a été fixée par le premier juge.

Selon les éléments au dossier, la situation matérielle des parties est la suivante :

A.G._____ travaille à plein temps dans un restaurant exploité auparavant par la société P._____ Sàrl, dont ils étaient, avec son épouse, associés gérants. Ce restaurant a ensuite été cédé en décembre 2010 à la société C._____ SA, dont l'administrateur avec signature individuelle est X._____, en échange d'une reprise de dettes partielle. Depuis la reprise

du restaurant, A.G._____, qui est titulaire d'une patente de cafetier-restaurateur, y travaille à plein temps en qualité de gérant. Il perçoit à ce titre un salaire brut de 3'390 fr., dont sont déduits les montants de 540 fr. relatif à ses frais de repas pris sur place, et 1'690 fr. pour son logement, soit 1'690 fr. au total. Après déduction des charges sociales, son salaire net est de 2'926 fr. 30.

Ses charges mensuelles incompressibles, calculées selon les critères du droit des poursuites, comprennent un montant de base de 1'200 fr., un supplément droit de visite de 150 fr., une assurance maladie subsidiée de 158 fr. 65 et un loyer de 1'150 francs.

K.G_____ bénéficie, quant à elle, du Revenu minimum d'insertion (RI) à hauteur de 2'724 fr. 90. Ses charges mensuelles incompressibles, calculées selon les critères du droit des poursuites, comprennent un montant de base de 1'350 fr., un montant de base pour les enfants de 800 fr., un loyer de 603 fr. et des primes d'assurance maladie pour un montant total de 291 fr. 15 (158 fr. 65 + 132 fr. 50).

En droit :

1. Les voies de droit contre un prononcé communiqué, comme en l'espèce, après le 1er janvier 2011 sont régies par le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ([ci-après CPC; RS 272] art. 405 al. 1 CPC).

2. Le prononcé contesté (cf. art. 262 let. a CPC) a été rendu dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de

droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 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 formé contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale 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 dans le délai légal de dix jours (art. 314 al. 1 CPC) 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. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

3. 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. 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 ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., p. 136).

4. a) L'appelante fait grief au premier juge de ne pas avoir tenu compte, dans le calcul de la contribution d'entretien, d'un éventuel loyer tiré par l'intimé pour la mise à disposition de sa patente de cafetier-restaurateur.

b) En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge de première instance établit d'office les faits en vertu de la maxime inquisitoire (art. 272 CPC). Le moyen tiré de la violation de la maxime inquisitoire par le premier juge est en soi recevable (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., no 2414, p. 438) car il touche au calcul de la contribution d'entretien qui est aussi destinée aux enfants mineurs du couple (maxime inquisitoire pure : voir Patricia Dietschy, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 1/2011, p. 82). Il appartient ainsi au juge d'éclaircir les faits et de prendre en compte tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (Dietschy, op. cit., p. 87). La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure afin de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 cité par Dietschy, op. cit. p. 88 note 44). Elle ne sert pas à suppléer les carences d'une partie négligente ou qui renonce à s'exprimer (TF 4 C.255/2006 du 2.10.2006 ; TF 4 P. 297/2001 du 26.3.2002). Certes ces deux arrêts, cités par Dietschy (op. cit. p. 87 note 36) concernent la maxime inquisitoire sociale, là où le pouvoir d'investigation du juge est plus limité. Cela étant, comme le relève cet auteur, citant Bohnet (Dietschy, op. cit., p. 88, note 44), l'obligation de collaboration active imposée aux parties a pour effet de réduire considérablement la distinction entre maxime inquisitoire sociale ou atténuée et maxime inquisitoire pure. Il y a enfin lieu de rappeler que la décision prise en procédure sommaire n'est ici pas définitive et se fonde sur la vraisemblance (Bohnet, Procédure civile suisse, La procédure sommaire, cas clair - mesures provisionnelles - mis à ban, Neuchâtel 2010, p. 205).

c) En l'espèce, l'appelante a allégué dans sa requête que son mari était employé du [...] à Montreux. Elle a toutefois indiqué qu'elle ignorait tout des revenus réalisés à ce titre par l'intimé, de même que le montant de ses charges et a requis du juge qu'il se renseigne à ce propos. Le premier juge a suivi à cette réquisition en ordonnant à l'intimé de produire tout document attestant de ses revenus et de ses charges.

L'intimé s'est exécuté et les documents en question ont été adressés avant l'audience à l'appelante afin qu'elle en prenne connaissance. Le premier juge a rendu sa décision sur la base des pièces produites par l'intimé et après avoir entendu les parties sur les faits de la cause. Il ne ressort pas du procès-verbal que l'appelante a requis d'autres pièces permettant d'établir les revenus de l'intimé lors même que, de son propre aveu, elle a appris à l'audience du 7 mars 2011 que son époux « mettait à disposition de son employeur sa patente de cafetier-restaurateur ». Cette révélation n'a provoqué aucune réaction de sa part, si bien que le premier juge, qui avait satisfait aux réquisitions de preuve de l'appelante, pouvait partir du principe qu'il avait rempli son devoir d'investigation. Au surplus, il ne va pas de soi, même au stade de la vraisemblance, qu'un employé qui met sa patente à disposition de son employeur tire un revenu de ce seul fait. Quant aux pièces produites par l'intimé, elles ne font pas état d'un revenu supplémentaire qui proviendrait de la mise à disposition de sa patente. Le premier juge n'a ainsi pas violé la maxime inquisitoire.

Infondé, ce moyen doit être rejeté.

5. a) L'appelante soutient que le premier juge a mal évalué ses charges.

b) Contrairement à ce qu'indique l'appelante, il ressort du décompte produit à l'audience du 7 mars 2011, que ses primes d'assurance maladie ont été correctement évaluées par le premier juge. Quant à son loyer, son montant est en réalité inférieur à celui retenu par ce dernier. Il s'élève, garage compris, à 603 fr. et non à 778 fr. (628 fr. + 160 fr.) selon contrat de bail du 19 février 2004, augmentations de loyer réservées. Les frais d'électricité et de gaz sont quant à eux compris dans le montant de base (Lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites du 1^{er} juillet 2009 ch. II). S'agissant des « frais d'accueil de jour » pour les enfants, le premier juge était fondé à ne pas retenir ce poste dès lors que l'appelante n'exerce aucune activité lucrative à l'extérieur de son domicile. Savoir s'il convenait de retenir les frais

consentis pour un abonnement de bus, par 66 fr., est une question qui peut rester ouverte, dès lors que, même sans ce poste, le premier juge est parvenu à la conclusion qu'il manquait à l'appelante un montant supérieur à 500 fr. pour équilibrer son budget qui ne pouvait être que partiellement couvert par le disponible de l'intimé. Quant aux impôts et aux frais d'assistance judiciaire, ils n'entrent pas dans le calcul du budget, ce d'autant plus qu'ils n'ont pas été pris en compte dans le budget de l'intimé.

Infondé, ce moyen doit être rejeté.

6. a) L'appelante critique encore la façon dont les revenus et les charges de l'intimé ont été calculés.

b) Le calcul auquel s'est livré le premier juge est exempt de reproches. L'appelante ne peut plus, à ce stade de la procédure, s'en prendre à la véracité des pièces, qu'elle n'a pas remis en cause lors de l'instruction de première instance. Qu'une pièce soit signée ou non n'est pas un gage de véracité. Au surplus, il n'apparaît pas que l'intimé mène grand train de vie, ce qui serait inconciliable avec les revenus allégués. A ce propos, on constate à la lecture des pièces du dossier, que l'intimé est en retard dans le versement des mensualités de leasing de sa voiture, de sorte que l'appelante ne peut pas non plus invoquer cette charge particulière pour déduire que les revenus de l'intimé seraient en réalité supérieurs à ceux qu'il a déclarés.

Infondé, ce moyen doit être rejeté.

7. a) L'appelante considère que l'intimé ne gagne pas ce qu'il devrait compte tenu de son expérience et de sa formation. Elle considère qu'en faisant les efforts attendus, il pourrait réaliser un salaire supérieur à 6'000 francs.

b) Il ressort de la décision attaquée que l'intimé travaille à temps plein au restaurant exploité par la société C. _____ SA et que son salaire mensuel net est de 2'926.30 fr. pour un salaire mensuel brut de 3'390 francs. On ne voit pas quels efforts supplémentaires devrait faire l'intimé et la jurisprudence invoquée par l'appelante au sujet du revenu hypothétique ne s'applique pas en l'espèce. Il n'est en particulier pas établi que l'intimé a volontairement réduit son revenu. L'appelante ne le prétend d'ailleurs pas.

Ce moyen doit également être rejeté.

8. a) L'appelante semble soutenir que le principe de subsidiarité de l'aide sociale ne permettrait pas au juge des mesures protectrices de l'union conjugale de prendre en compte le revenu d'insertion.

b) Si l'aide prodiguée par l'Etat est subsidiaire en ce sens qu'elle cède le pas aux contributions dues par le débiteur d'aliments en vertu de l'art. 176 CC, le juge doit tout de même veiller, lorsqu'il fixe la contribution d'entretien, à ne pas entamer le minimum vital du débiteur (ATF 133 III 57, JT 2007 I 351).

c) En l'espèce, le disponible de l'intimé a été quasiment entièrement dévolu à la créancière d'aliments afin de combler son manco. Cette répartition de l'excédent n'est pas arbitraire. Il appartiendra au créancier d'aliments de recourir à l'aide sociale pour le surplus.

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

L'appel était d'emblée dépourvu de chances de succès, Il s'ensuit que la requête d'assistance judiciaire est rejetée.

Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelante sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif de frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5).

Il n'y a pas lieu à dépens dès lors que l'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

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.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 francs (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelante K.G_____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 28 avril 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 Christophe Sivilotti (pour K.G _____),
- M. A.G. _____.

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 Lausanne.

La greffière :