

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 27 mai 2011

Présidence de M. KRIEGER, juge délégué
Greffier : M. Perret

Art. 30 al. 1 Cst.; 296, 308 al. 1 let. b et al. 2, 317 al. 1, 318 al. 1 let. c CPC; 1 al. 3, 301 al. 1 et 2 CPC-VD

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**_____, à Lausanne, intimé, contre l'ordonnance rendue le 21 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.K.**_____, à Grandvaux, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 février 2011, notifiée le lendemain aux parties, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que A.K._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une contribution mensuelle de 4'800 fr., payable le 1^{er} de chaque mois, en mains de B.K._____, dès et y compris le 1^{er} août 2010 (I), dit que cette contribution d'entretien sera adaptée à l'évolution du coût de la vie le 1^{er} janvier de chaque année, sur la base de l'indice officiel suisse des prix à la consommation au 30 novembre précédent, la première fois le 1^{er} janvier suivant l'année au cours de laquelle l'ordonnance deviendra définitive et exécutoire, l'indice de base étant celui en vigueur à la date où l'ordonnance sera devenue définitive et exécutoire, dans la mesure où les revenus de A.K._____ sont eux-mêmes adaptés à cette évolution, à charge pour lui de prouver que tel n'est pas le cas (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III).

En droit, après avoir procédé à l'établissement de la situation financière de chacune des parties, le premier juge a retenu que le budget mensuel de B.K._____ présentait un déficit de 2'970 fr. tandis que celui de A.K._____ laissait apparaître un disponible de 6'135 francs. Il a dès lors fixé *ex aequo et bono* le montant de la contribution d'entretien due par A.K._____ en faveur des siens.

B. Par appel motivé déposé le 4 mars 2011, accompagné d'un onglet de pièces, A.K._____ a pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

"I. L'appel est admis.

a. Principalement :

II. L'ordonnance de mesures provisionnelles du 22 février 2011 est annulée.

b. Subsidiairement :

III. La requête de mesures provisionnelles déposée le 30 juillet 2010 par B.K._____ est rejetée.

c. Subsidiairement :

IV. L'ordonnance de mesures provisionnelles du 22 février 2011 est réformée en son chiffre I en ce sens que A.K._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une contribution mensuelle de € 1'468.-, payable le premier de chaque mois, en mains de B.K._____, dès et y compris le 1^{er} août 2010.

d. Plus subsidiairement :

V. L'ordonnance de mesures provisionnelles du 22 février 2011 est réformée en son chiffre I en ce sens que A.K._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une contribution mensuelle de CHF 1'960.-, payable le premier de chaque mois, en mains de B.K._____, dès et y compris le 1^{er} août 2010."

L'appelant a également conclu à l'octroi de l'effet suspensif.

Par décision du 17 mars 2011, le juge délégué a rejeté la requête d'effet suspensif déposée par l'appelant.

L'intimée B.K._____ s'est déterminée par mémoire du 16 mai 2011. Elle a conclu au rejet de l'appel avec suite de frais et dépens.

En cours d'instruction, le juge délégué a requis du Secrétariat général de l'Ordre judiciaire une attestation relative à l'incapacité de travail de la vice-présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois Mireille Hitz. Selon la réponse du 10 mai 2011, la magistrate prénommée est en incapacité de travail depuis le 6 novembre 2010 à tout le moins et n'a pas repris le travail à la date de l'attestation.

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

A.K._____ et B.K._____ se sont mariés le [...] 1997. Deux enfants sont issus de cette union, C.K._____, née le [...] 1998, et D.K._____, né le [...] 1999.

La situation conjugale des époux K._____ a fait l'objet de plusieurs procédures en mesures protectrices de l'union conjugale. Ainsi, à l'audience du 11 mars 2008 devant le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, les époux ont passé une convention qui prévoyait notamment ce qui suit :

- "I. Le chiffre IV de l'arrêt sur appel rendu le 16 octobre 2007 est modifié en ce sens que A.K._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier service d'une pension mensuelle de Fr. 1'900.- (mille neuf cents) allocations familiales non comprises payable d'avance le premier de chaque mois dès et y compris le 1^{er} avril 2008.

Il est précisé que la pension fixée ci-dessus l'a été sur la base du tableau annexé à la présente convention pour en faire partie intégrante."

Depuis la signature de cette convention, A.K._____ s'est expatrié en Espagne, où il exerce une nouvelle activité professionnelle.

Par requête de mesures provisionnelles déposée le 29 juillet 2010 devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président), B.K._____ a pris la conclusion suivante, avec suite de frais et dépens :

- "I. la pension due par A.K._____ à B.K._____ est fixée à CHF 2'560.- (au lieu de CHF 1'960.-), AF non comprises, payable le premier de chaque mois dès et y compris le 1^{er} août 2010, et sera indexée."

A l'audience du 5 octobre 2010 tenue par le Président, les parties ont comparu personnellement, chacune assistée de son conseil. La requérante a modifié ses conclusions et conclu à ce qu'une pension de 3'000 fr. lui soit allouée. L'intimé a conclu au rejet. Le Président a impartit à A.K._____ un délai de sept jours dès réception d'une copie du procès-verbal de l'audience pour produire un lot de pièces déterminant en particulier les différences de coût de la vie entre Barcelone et la Riviera vaudoise, étant précisé que, dès réception de ces pièces, le Président impartirait un délai de sept jours à B.K._____ pour se déterminer.

Dans le délai successivement prolongé au 19 novembre 2010, A.K._____ a déposé le 18 novembre 2010 un bordereau de 19 pièces. Par courrier de son conseil du 26 novembre 2010, la requérante s'est déterminée sur ces pièces; elle a en outre augmenté ses conclusions comme suit :

"I. la pension due par A.K._____ à B.K._____ est fixée à CHF 5'370.- (au lieu de CHF 1'960.-), allocations familiales non comprises, payable le premier de chaque mois dès et y compris le 1^{er} août 2010, et sera indexée."

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 21 février 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 (art. 405 al. 1 CPC).

L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. 126). 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, 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, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs, le présent appel est recevable.

b) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, les conclusions ne sont pas nouvelles.

c) 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 (ibidem, 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 (ibidem, p. 136).

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).

Dès lors que les parties sont parents de deux enfants mineurs, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par l'appelant et par l'intimée devraient donc être considérées comme des *novas* susceptibles d'être examinées par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC.

L'instance d'appel peut confirmer la décision ou statuer à nouveau (art. 318 al. 1 let. a et b CPC). En revanche, si la cause peut être renvoyée en première instance dans les cas où un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé, ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c CPC), le renvoi doit rester l'exception, sans quoi le procès sera inutilement prolongé (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au CPC, FF 2006 p. 6983; Hohl, op. cit., nn. 2440 et 2441).

2. a) Dans un premier moyen, l'appelant requiert l'annulation de l'ordonnance du 21 février 2011 au motif que le Président du Tribunal d'arrondissement qui a tenu l'audience de mesures provisionnelles du 5 octobre 2010 n'a pas pu prendre et approuver la décision du 21 février 2011, telle que notifiée aux parties. L'ordonnance devrait donc être annulée de ce chef.

b) Selon l'art. 30 al. 1 Cst. (Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999; RS 101), toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Selon la jurisprudence, le droit des parties à une composition régulière du tribunal impose des exigences minimales en procédure cantonale; il interdit les tribunaux d'exception et la mise en œuvre de juges *ad hoc* ou *ad personam* et exige dès lors, en vue d'empêcher toute manipulation et afin de garantir l'indépendance nécessaire, une organisation judiciaire et une procédure déterminées par un texte légal (ATF 129 V 335 c. 1.3 et les références; ATF 127 I 196 c. 2b). Le droit à un tribunal établi par la loi est

notamment violé lorsqu'un juge participe encore à la décision après la fin de sa période de fonction. La composition irrégulière de la juridiction est un vice fondamental, qui ne peut pas être réparé; seul un nouveau jugement, rendu par un tribunal établi conformément à la loi, est susceptible de rétablir une situation conforme au droit. Il faut cependant distinguer le cas où les juges ont cessé leur fonction avant que le tribunal ne statue de celui où ils l'ont quitté une fois que le tribunal a rendu son arrêt mais avant qu'il n'en ait notifié les considérants. Dans cette dernière hypothèse uniquement, il ne serait pas inconcevable que la rédaction de l'arrêt soit soumise à l'approbation des juges après la fin de leur activité (TF 1C_235/2008 du 13 mai 2009 c. 3.2.1 et réf. citées; TF 9C_185/2009 du 19 août 2009 c. 2.1.2).

De plus, les exigences de forme relatives à la composition régulière d'un tribunal empêchent un changement de juge entre les plaidoiries et le jugement (Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2^{ème} éd., p. 123), faute de quoi le principe de l'immédiateté serait violé (Hohl, Procédure civile, tome I, n. 928, p. 178).

c) Il apparaît que la vice-présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois Mireille Hitz a tenu l'audience du 5 octobre 2010, comme cela résulte du procès-verbal de dite audience. Toujours selon ce même document, un délai de sept jours dès réception d'une copie du procès-verbal a été imparti à A.K._____ pour produire un lot de pièces déterminant en particulier les différences de coût de la vie entre Barcelone et la Riviera vaudoise. Dès réception de ces pièces, un délai de détermination de sept jours devait être imparti à B.K._____.

Le délai en question a fait l'objet de trois prolongations à la demande du conseil de l'appelant. Les pièces ont finalement été déposées le 18 novembre 2010. Le conseil de B.K._____ s'est ensuite déterminé sur ces pièces par courrier du 26 novembre 2010, reçu le 29 novembre 2010 selon le procès-verbal des opérations.

Selon l'attestation fournie par le Secrétariat général de l'Ordre judiciaire, il est constant que Mme Hitz est en incapacité de travail depuis le 6 novembre 2010 et qu'elle n'avait pas repris le travail en mai 2011.

Au vu des éléments qui précèdent, il apparaît que la vice-présidente Hitz n'a pas pu examiner les pièces produites et les déterminations des parties avant qu'elle ne soit en incapacité de travail. Elle n'a donc pas pu donner les instructions au greffier pour la rédaction (art. 301 al. 1 CPC-VD [Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010] applicable par analogie aux mesures provisionnelles). Il n'est pas possible non plus qu'elle ait approuvé la rédaction, conformément à l'art. 301 al. 2 CPC-VD. Même s'il est dans l'intérêt des parties que la justice soit rendue avec célérité (art. 1 al. 3 CPC-VD), il est nécessaire que le magistrat en charge du dossier ait donné les instructions nécessaires à l'appui de la rédaction de la décision une fois l'entier des éléments réunis. Or, en l'espèce, tel n'a pas pu être le cas, puisque la vice-présidente Hitz était absente depuis le 6 novembre 2010 et que les pièces et déterminations complémentaires n'ont été déposées que le 18 novembre 2010, respectivement le 29 novembre 2010.

En conséquence, certains éléments essentiels déposés après l'audience n'ont pas pu être examinés par le premier juge, en arrêt maladie. La décision est donc viciée en ce sens que le magistrat saisi du dossier et qui a procédé à l'instruction lors de l'audience du 5 octobre 2010 n'est pas celui qui a examiné ensuite les pièces produites.

Certes, comme le soutient l'intimée, la vice-présidente Mireille Hitz aurait pu examiner les pièces et donner des instructions au greffier pour la rédaction quand bien même elle se trouvait en arrêt maladie. Cela reviendrait toutefois à renverser la présomption de son incapacité de travail. Or, rien dans le dossier ne va dans ce sens. Il n'apparaît pas non plus vraisemblable que celle-ci ait pu donner avant son incapacité des directives claires, en statuant de manière anticipée avant production des pièces à produire, dont l'étendue n'était pas restreinte, puisqu'il s'est agi

d'un bordereau de 19 pièces destinées à établir le coût de la vie à Barcelone et l'état exact des charges mensualisées de A.K._____.

Cela étant, l'ordonnance rendue le 21 février 2011 ne peut être qu'annulée et la cause renvoyée en première instance pour nouvelle instruction. Le juge délégué ne saurait réparer le vice en procédant à une instruction complète en deuxième instance, faute de quoi il priverait les parties du bénéfice de la double instance.

3. En conclusion, l'appel déposé par A.K._____ doit être admis, l'ordonnance de mesures provisionnelles du 21 février 2011 annulée et le dossier de la cause doit être renvoyé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelle décision.

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

Obtenant gain de cause, l'appelant, qui a procédé par l'intermédiaire d'un représentant professionnel, a droit à des dépens de deuxième instance, comprenant la restitution de l'avance de frais de deuxième instance, qu'il convient de fixer à 1'600 fr. (art. 106 CPC; art. 37 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]); art. 2, 3 et 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

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 du 21 février 2011 est annulée et le dossier est renvoyé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelle décision.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimée.
- IV.** L'intimée B.K. _____ doit verser à l'appelant A.K. _____ la somme de 1'600 fr. (mille six cents francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 31 mai 2011

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

Le greffier :

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 Adrien Gutowski (pour A.K. _____),
- Me Yvan Guichard (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 le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :