

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 25 août 2011

Présidence de M. COLOMBINI, juge délégué
Greffier : Mme Sottas

Art. 163 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **B.K.**_____, à Cugy, requérante, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 24 juin 2011 par le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.K.**_____, à Cugy, défendeur, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 juin 2011, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a autorisé la requérante B.K._____ et l'intimé A.K._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), attribué la jouissance de l'immeuble conjugal, sis [...], 1053 Cugy, à la requérante qui en payera les intérêts hypothécaires et les charges (II), fixé à l'intimé un délai de quinze jours dès prononcé exécutoire pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels (III), confié la garde de l'enfant Z._____, née le [...] 1997, à la requérante (IV), fixé le droit de visite de l'intimé (V), astreint l'intimé à contribuer à l'entretien de sa fille Z._____ par le versement d'une pension mensuelle de 600 fr., allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois, dès la séparation effective (VI), donné acte à l'intimé du fait qu'il contribue à l'entretien de sa fille majeure [...], née le [...] 1991, par le versement d'une somme de 200 fr. par mois (VII), rendu l'ordonnance sans frais ni dépens (VIII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, le premier juge a considéré que l'intimé, ayant œuvré durant plusieurs années en tant que mécanicien de précision puis agent de méthodes, devrait être en mesure de trouver à court terme un travail dans ce domaine au vu des nombreuses offres d'emploi pour des mécaniciens de précision. Il devrait de ce fait pouvoir gagner au moins 4'000 fr. net par mois. Après déduction de son minimum vital par 3'020 fr., son disponible s'élèverait à 980 francs. Le premier juge a fixé la contribution d'entretien de Z._____ à 600 fr., ce montant, qui n'entame pas le minimum vital de l'intimé, correspondant au pourcentage du salaire net généralement préconisé pour un enfant, soit 15%.

B. Par appel du 7 juillet 2011, B.K._____ a conclu, avec dépens, à titre préliminaire à l'exécution de l'ordonnance de mesures protectrices

de l'union conjugale rendue le 24 juin 2011 (I); elle a conclu principalement à l'admission de l'appel (II), à ce que l'intimé soit astreint à contribuer à l'entretien de sa fille Z._____ par le versement d'une pension mensuelle de 1'500 fr., allocations familiales en sus, d'avance le premier de chaque mois en mains de B.K._____, dès le 1^{er} mai 2011 (III), à la confirmation pour le surplus de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 juin 2011 (IV), et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants à intervenir (V).

L'appelante a produit un bordereau de nouvelles pièces, notamment une facture du 16 septembre 2010 du centre Automobile Romand Emil Frey SA concernant l'un des véhicules de l'intimé, un rapport de travail sur ce même véhicule du 22 décembre 2010, un plan des tarifs moyens applicables en tant que chauffeur de taxi indépendant, un lot de fiches manuscrites rédigées par l'intimé et comportant le résumé de son activité journalière sur une période de dix jours, un budget établi par l'intimé à une date indéterminée ainsi qu'un décompte des dépenses, recettes et bénéfices établi par l'intimé pour l'année 2010.

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

A.K._____, né le 4 juillet 1964, et B.K._____, née le 28 août 1966, se sont mariés le 1^{er} août 1990. Deux enfants sont issus de cette union, M._____, née le [...] 1991, aujourd'hui majeure, et Z._____, née le [...] 1997.

Le 12 mai 2011, B.K._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle a conclu, avec dépens, à l'autorisation pour les parties de vivre séparées pour une durée indéterminée (I), à ce que la garde de Z._____ lui soit attribuée (II), à l'octroi d'un droit de visite pour A.K._____ (III), à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée, à charge pour elle de continuer à en

assumer les intérêts hypothécaires et les charges (IV), à la fixation d'un délai de quinze jours dès prononcé exécutoire à A.K._____ pour quitter le domicile conjugal (V), et à ce que ce dernier contribue à l'entretien des siens par le versement d'une contribution mensuelle, d'avance le premier de chaque mois en mains de la requérante, d'un montant de 2'000 fr., allocations familiales non comprises, dès et y compris le 1^{er} mai 2011 (VI).

Le 30 mai 2011, l'intimé s'en est remis à la justice s'agissant des conclusions I, II et III de la requête et a conclu au rejet des conclusions IV, V et VI. Il a conclu reconventionnellement, avec dépens, à pouvoir utiliser le logement meublé au sous-sol de la villa conjugale tant et aussi longtemps qu'il n'aura pas trouvé de solution de relogement à la mesure de ses moyens. Il a notamment produit un rapport de la [...] pour les exercices 2008 et 2009 ainsi que son compte de perte et profits 2010.

Une audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 1^{er} juin 2011.

A.K._____ a une formation d'agent de méthode et a travaillé en qualité de mécanicien de précision jusqu'en 2002. Après une période de chômage, il a entrepris une activité de chauffeur de taxi indépendant depuis début 2004. Il a estimé son chiffre d'affaires mensuel entre 6'000 et 7'000 fr., et son gain mensuel net à 3'000 fr. au maximum. Il ressort de comptes établis par sa fiduciaire que l'intimé a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 55'000 fr. et un bénéfice de 23'372 fr. pour l'année 2008. L'année suivante, il a réalisé un chiffre d'affaires d'à peine 17'000 fr. et a essuyé une perte de 6'400 francs. Pour l'année 2010, l'intimé a réalisé un bénéfice de 34'793 fr. 20, soit un gain mensuel net d'un peu moins de 2'900 francs.

En droit :

1. a) L'ordonnance attaquée a été rendue le 24 juin 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.

b) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. c CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 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 est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV; loi d'organisation judiciaire du 12 septembre 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 fr., le présent appel est recevable.

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 (Tappy, op. cit., 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 s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2010 III 43 c. 2; Tappy, op. cit., p. 136).

b) Est en l'espèce seule litigieuse la contribution d'entretien en faveur de l'enfant mineur Z._____.

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 d'un enfant mineur et que l'appel porte sur la contribution d'entretien en sa faveur, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, Procédure civile, tome II, 2ème éd., nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par l'appelante doivent 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. L'appelante indique au demeurant en avoir eu connaissance uniquement après l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 1^{er} juin 2011.

c) 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 a connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification de la demande - et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, 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, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010, n. 76 ad art. 317, p. 2056).

En l'espèce, les conclusions prises en appel, qui concernent désormais exclusivement l'enfant mineur Z._____, sont dès lors recevables, sans qu'il y ait lieu d'examiner si les conditions de l'art. 317 al. 2 CPC sont réalisées.

3. L'appelante conteste le montant de la contribution d'entretien en faveur de Z. _____ ainsi que la date à partir de laquelle cette contribution est due.

a) Si les ressources des père et mère sont suffisantes pour couvrir les besoins de l'enfant, il suffit de fixer la part que chacun des parents doit supporter en fonction de sa capacité financière (TF 5C.127/2003 du 15 octobre 2003 c. 4.1.4). En particulier, le Tribunal fédéral a admis la méthode dite "des pourcentages" pour autant que la pension reste en rapport avec le niveau de vie et la capacité contributive du débiteur (TF 5A_178/2008 du 23 avril 2008 c. 3.3; TF 5A_84/2007 du 18 septembre 2007 c. 5.1 et les références citées).

Pour fixer le montant de la contribution d'entretien en faveur des enfants mineurs, la jurisprudence vaudoise part en règle générale d'un pourcentage du revenu mensuel ou de la capacité de gain du débiteur de la contribution alimentaire, fixé en fonction du nombre d'enfants bénéficiaires; cette proportion est évaluée à environ 15 à 17 % du revenu mensuel net du débitrentier si ce dernier a un enfant en bas âge, 25 à 27 % lorsqu'il y en a deux, 30 à 35 % lorsqu'il y en a trois et 40 % lorsqu'il y en a quatre (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77 ss, spéc. p. 107 s.; RSJ 1984 p. 392 n° 4 et note p. 393; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^{ème} éd., n. 978, pp. 567-568; TF 5A_84/2007 précité c. 5.1). Il s'agit là d'un taux approximatif qui doit être pondéré au vu des circonstances, selon l'équité (ATF 107 II 406 c. 2c; RSJ 1984 p. 392 n° 4 précité; Meier/Stettler, ibidem). La Chambre des recours applique ces critères à tous les enfants mineurs, indépendamment de l'état civil de leurs parents (mariés ou non, séparés ou divorcés) (CREC II 15 novembre 2010/134).

b) En première instance, l'appelante avait fait valoir que le gain mensuel net de l'intimé n'était probablement pas inférieur à 6'000 fr., alors que l'intimé alléguait qu'il était de 3'000 fr. net par mois au maximum. Le premier juge a quant à lui considéré qu'on pouvait admettre

qu'un chauffeur de taxi indépendant ne gagnait généralement pas 6'000 fr. par mois et a imputé à l'intimé un revenu hypothétique de 4'000 francs.

En appel, l'appelante soutient que le bénéfice mensuel de l'intimé serait de l'ordre de 7'437 francs. Elle se fonde sur le fait que le véhicule utilisé par l'intimé avait parcouru 14'772 km en trois mois (soit 4'924 km par mois) entre le 15 septembre et le 22 décembre 2010 (cf. la facture du centre Automobile Romand Emil Frey SA et le rapport de travail sur le véhicule). Elle indique ensuite que le tarif moyen applicable en tant que chauffeur indépendant est de 6 fr. 20 pour la prise en charge et de 3 fr. 30 par kilomètre. Retenant 2'500 km facturables, ainsi qu'une moyenne de seize courses par jour et vingt-quatre jours de travail par mois, elle en déduit un chiffre d'affaire mensuel de 10'380 fr. ($[16 \times 6 \text{ fr. } 20 \times 24] + [2'500 \times 3 \text{ fr. } 20]$). Elle se fonde également sur un lot de fiches pour la période du 27 avril au 6 mai 2011, d'où il résulte un chiffre d'affaires de 4'861 fr. 20 pour dix jours, soit 11'664 fr. par mois. Estimant les charges d'exploitation de l'intimé à 3'051 fr. 15 par mois (650 fr. d'essence, 209 fr. d'entretien, 250 fr. de taxes et RC, 725 fr. de leasing, 950 fr. de taxiphone et 267 fr. d'AVS), elle en déduit que l'intimé réalise un bénéfice mensuel de 7'437 francs.

c) Pour les indépendants, le revenu est constitué - lorsqu'une comptabilité est tenue dans les règles - par le bénéfice net d'un exercice; en l'absence de comptabilité, il s'agit de la différence du capital propre entre deux exercices. Le juge doit s'en tenir à la vraisemblance des faits invoqués (Chaix, Commentaire romand, n. 7 ad art. 176 CC). La jurisprudence préconise de prendre en considération comme revenu effectif le bénéfice net moyen du compte d'exploitation des trois ou quatre dernières années (Bastons Bulleti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 80, note infrapaginale 19; TF 5A_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1; FamPra.ch 2010 p. 678; TF 5P_342/2001 du 20 décembre 2001 c. 3a). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue. Ce n'est que lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que

les pièces produites ne sont pas convaincantes – comme par exemple lorsque les comptes de résultat manquent –, qu'il convient de se fonder sur le niveau de vie des époux durant la vie commune. Les prélèvements privés constituent alors un indice permettant de déterminer ce train de vie (TF 5A_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1, FamPra.ch 2010 p. 678; TF 2P.29/2007 du 31 mai 2007 c. 2.4; Bräm, Commentaire zurichois, n. 76 ad art. 163 CC).

En l'espèce, il résulte des comptes établis par la [...] que l'intimé a réalisé un bénéfice de 23'372 fr. en 2008 et une perte de 6'415 fr. en 2009. Le document "pertes et profit 2010", dont on ignore l'auteur, fait état d'un bénéfice de 34'793 fr. 20 pour 2010. Dans ces circonstances, l'appréciation du premier juge sur les revenus effectivement réalisés, à tout le moins inférieurs aux 4'000 fr. de revenu hypothétique retenus, ne prête pas le flanc à la critique, d'autant que l'expérience de la vie permet de retenir, avec le premier juge, qu'un chauffeur de taxi ne gagne en général pas 6'000 fr. net par mois, encore moins 7'400 francs.

Par ailleurs, les pièces produites en appel ne permettent pas de retenir, même au stade de la vraisemblance, un revenu net de l'ordre de 7'400 francs. On ignore l'auteur du budget et du décompte des dépenses, recettes et bénéfices qui, n'étant pas signés, n'ont aucun caractère probant. Il n'est guère possible de tirer de conclusion sérieuse du nombre de kilomètres parcourus sur une période de trois mois, qui ne permet aucune déduction fiable sur le nombre de kilomètres facturables sur une année. Il en va de même du lot de fiches manuscrites, pour autant que son auteur soit effectivement l'intimé – ce qui n'est pas établi –, qui porte sur une période trop courte pour en tirer des conclusions probantes sur une année. Les calculs effectués par l'appelante sur ces bases, en particulier s'agissant du chiffre d'affaires, ne sauraient dès lors être pris en considération. L'appelante ne fait en outre pas valoir que l'intimé mènerait un train de vie et opérerait des prélèvements privés incompatibles avec les éléments comptables qu'il a produits.

Le revenu hypothétique de 4'000 fr. retenu par le premier juge ne prête dès lors pas le flanc à la critique, sans qu'il soit nécessaire d'examiner – faute d'appel de l'intimé – s'il était justifié de retenir un revenu hypothétique. La pension de 600 fr. qu'il a fixée correspond au 15 % admis par la jurisprudence.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

4. L'appelante voudrait que la pension soit due dès le 1^{er} mai 2011. Elle a déposé sa requête le 12 mai 2011, à un moment où les époux vivaient encore ensemble. Le premier juge a prononcé que la contribution était due dès la séparation effective. Cette solution est adéquate. Un effet rétroactif ne se justifie en effet que si l'entretien dû n'a pas été assumé en nature ou en espèces ou dès qu'il a cessé de l'être (TF 5A_909/2010 du 4 avril 2011 c. 6.2). Or, il n'est pas établi que l'intimé n'aurait pas assumé l'entretien de sa fille tant que la vie commune perdurait.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

5. En conclusion, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante B.K._____.
- IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

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

La greffière :

Du 26 août 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 Stefan Disch (pour B.K._____),
- Me Peter Schaufelberger (pour A.K._____).

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 d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

La greffière :