

BGer 5A_756/2017 vom 6. November 2017

Bundesgericht, 2017-11-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_756_2017

FR: TF 5A_756/2017 du 6 novembre 2017

IT: TF 5A_756/2017 del 6 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans la forme légale (art. 42 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire matrimoniale (art. 72 al. 1 LTF) de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a, 51 al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise (art. 76 al. 1 let. a et b LTF). Le recours est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

E. 2.1

Comme la décision entreprise porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF (ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Partant, le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 142 III 364 précité).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 142 II 369 consid. 4.3; 141 III 564 consid. 4.1 et les références).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il peut cependant compléter d'office les constatations de fait aux conditions de l' art. 105 al. 2 LTF , notamment sur la base du jugement de première instance, lorsque celles-ci sont lacunaires (arrêt 5A_119/2017 du 30 août 2017 consid. 2.2 et les arrêts cités).

Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf.

supra consid. 2.1).

E. 2.3

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer que les conditions sont remplies, vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours (arrêt 5A_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3 non publié in ATF 142 III 617). En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée (ATF 143 V 19 consid. 1.2 et les références), ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales (ATF 136 III 123 consid. 4.4.3).

E. 3

Le recourant se plaint tout d'abord d'une violation arbitraire (art. 9 Cst.) de l' art. 317 al. 1 CPC .

E. 3.1

La Juge déléguée a constaté que l'appelant avait produit deux pièces nouvelles, soit un extrait du site internet de l'équipe du club X. _____ et un communiqué de presse du club Y. _____ daté du 12 avril 2017. Il n'avait toutefois ni allégué ni démontré qu'il eût été dans l'impossibilité de les produire devant le premier juge. Partant, ces pièces étaient irrecevables.

E. 3.2

Le recourant rappelle que l'instruction de la cause en première instance était définitivement close le 21 février 2017, à l'échéance du délai imparti par le premier juge ensuite de l'audience du 20 janvier 2017 pour se déterminer sur les pièces à produire au 3 février 2017. Il était en conséquence " totalement inapproprié, voire irrecevable, de produire des pièces ultérieurement et sans rapport avec celles mentionnées dans le PV de l'audience, l'Ordonnance pouvant déjà être rendue (mais non communiquée) aux parties ou cette production pouvant être vue comme une manière d'influencer, hors débats contradictoires, l'avis du magistrat ". Le recourant reconnaît que la première pièce produite en appel, soit l'extrait du site internet du club X. _____ où apparaissait la photo des joueurs de l'équipe, n'était pas datée. Il était toutefois plus que probable que celle-ci avait été faite après l'audience du 20 janvier 2017, dès lors qu'il ne pouvait y figurer avant le 1er janvier 2017. A tout le moins, la Juge déléguée aurait-elle pu " requérir une précision si cela ne lui semblait pas évident ". La deuxième pièce, en revanche, était à l'évidence recevable au regard de l' art. 317 al. 1 CPC dès lors qu'il s'agissait d'un communiqué de presse du club Y. _____ daté du 12 avril 2017, soit postérieur de trois mois à l'audience et de deux mois aux dernières déterminations. Ce n'était qu'en raison de " l'extrême lenteur du rendu de l'ordonnance de première instance que ce communiqué était antérieur à [celle-ci] ".

E. 3.3

L'allégation de faits et moyens de preuve nouveaux n'est admise en appel qu'aux conditions de l' art. 317 al. 1 CPC et ce même lorsque la maxime inquisitoire est applicable (ATF 142 III 413 consid. 2.2.2; 138 III 625 consid. 2.2), étant toutefois précisé qu'en matière

matrimoniale, la jurisprudence n'a pas tranché la question de savoir si ces conditions s'appliquent telles quelles lorsque la maxime d'office et la maxime inquisitoire illimitée s'appliquent, notamment lorsqu'est en jeu une question relative à un enfant mineur (art. 296 al. 1 et 3 CPC ; arrêt 5A_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 3.3 et l'arrêt cité).

L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives (arrêt 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1). S'agissant des vrais nova (echte Noven), la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova (unechte Noven), il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (arrêts 5A_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 3.3; 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2; 5A_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1).

Dans le système du CPC, tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance; la diligence requise suppose donc qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêts 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1; 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2; 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1). S'agissant d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, soumise à la maxime inquisitoire, le tribunal de première instance admet les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC en lien avec les art. 272 et 296 al. 1 CPC ; arrêts 5A_445/2014 précité consid. 2.1; 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2). Ni le texte légal ni les travaux préparatoires ne précisent ce qu'il faut entendre par " jusqu'aux délibérations ". Pour les juridictions fonctionnant avec un juge unique, la délibération correspond en réalité au moment de la prise de décision, activité purement intellectuelle et qui ne s'extériorise d'aucune manière. Dans ce cas, la phase de prise de décision commence dès la clôture des débats principaux, soit la fin des plaidoiries orales, lorsqu'il y en a, ou l'échéance du délai, le cas échéant prolongé, pour déposer des plaidoiries écrites selon l'art. 232 al. 2 CPC (arrêts 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.3.2.3; 5A_16/2016 du 26 mai 2016 consid. 5.1; 5A_445/2014 précité consid. 2.1).

E. 3.4

S'agissant de la photo des joueurs du club X, _____ publiée sur le site internet de l'équipe, dont il admet qu'elle a pu être faite à compter du 1er janvier 2017, le recourant n'expose pas, de manière claire et précise, pour quelle raison il aurait été empêché de la produire à l'audience du 20 janvier 2017 ou dans le délai fixé aux parties au 21 février 2017 pour déposer leurs déterminations. A cet égard, il ne suffit pas de supputer ce que le juge de première instance aurait pu considérer quant à la recevabilité de cette pièce ou d'énoncer de prétendues convenances procédurales. Au demeurant, la motivation de la Juge déléguée ne prête nullement le flanc à la critique: contrairement aux exigences susrappelées, l'acte d'appel ne contient pas un début d'exposé des motifs pour lesquels cette pièce n'a pas pu être produite devant le premier juge.

Pour ce qui est du communiqué de presse du club Y. _____, il s'agit en effet d'un vrai novum dès lors que, daté du 12 avril 2017, il est postérieur à la clôture des débats principaux au sens susrappelé. Il n'est toutefois pas admissible d'introduire en appel un vrai novum dans le but de prouver un fait qui, en faisant preuve de la diligence nécessaire, aurait déjà pu être présenté en première instance (pseudo novum; cf. REETZ/HILBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3ème éd. 2016, n° 39 ad art. 317 CPC et la référence citée; dans le même sens: arrêt de la Cour suprême du canton de Berne du 13 mars 2014 (ZK 12 366) consid. 7.3.1; cf. ég. arrêt 5A_321/2016 du 25 octobre 2016 consid. 3.1). En l'espèce, le communiqué litigieux est censé démontrer que le recourant n'avait " guère le choix " de passer au club X. _____ en raison des " importants remous internes [au sein du club Y. _____] qui ont conduit au licenciement de son entraîneur et au départ de son assistant " (acte d'appel, p. 3). Or le recourant, qui expose qu'il avait déjà donné sa démission au club Y. _____ lorsque les parties se sont séparées le 24 décembre 2016 pour intégrer le club X. _____ au 1er janvier 2017 (recours, p. 4 et 6), n'explique pas pourquoi les raisons l'ayant conduit à quitter le club Y. _____ n'ont pas été alléguées à l'audience du 20 janvier 2017 voire dans ses déterminations déposées dans le délai fixé au 21 février 2017. Dans cette mesure, la motivation de l'arrêt attaqué est exempte de tout arbitraire.

Il suit de là que la Juge déléguée ne saurait se voir reprocher d'avoir appliqué l' art. 317 al. 1 CPC de manière insoutenable en estimant qu'il n'y avait pas lieu de prendre les pièces litigieuses en considération. Autant que recevable, le grief doit être rejeté.

E. 4

S'agissant de la fixation de la contribution d'entretien, le recourant reproche ensuite à la Juge déléguée d'avoir violé le principe d'égalité (art. 8 Cst.) et d'être tombée dans l'arbitraire en tenant compte d'un revenu fictif [recte: hypothétique] tiré de son activité de footballeur.

Le grief de violation de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) est d'emblée irrecevable. Le recourant perd de vue que cette garantie constitutionnelle s'adresse à l'Etat et ne produit pas d'effet horizontal direct sur les relations entre personnes privées (ATF 114 Ia 329 consid. 2b et les références; arrêt 5A_362/2016 du 20 février 2017 consid. 6.3), de sorte qu'il ne peut s'en prévaloir à l'appui d'un recours dirigé contre une décision rendue dans une affaire opposant deux particuliers (arrêt 5A_362/2016 précité consid. 6.3 et la référence).

E. 4.1

La Juge déléguée a exposé que le recourant contestait en appel le salaire retenu par le premier juge pour son activité accessoire de footballeur. Il expliquait que les primes de match étaient variables, qu'il faisait désormais partie d'un club au passé nettement moins prestigieux et qu'il n'avait guère eu le choix de ce changement, compte tenu des remous internes de son ancien club. Le raisonnement de l'intéressé quant au salaire réalisé pour son activité accessoire se fondait toutefois sur des faits nouveaux et par conséquent irrecevables. En réalité, il résultait des faits retenus et non contestés qu'il avait changé de club uniquement pour se rapprocher de son lieu de vie et non pas qu'il aurait été licencié de son ancien club ou contraint de quitter celui-ci. Conformément à l'appréciation du premier juge, il fallait retenir que les conditions financières étaient semblables, soit qu'il percevait un revenu annuel de 11'500 fr., d'autant plus qu'il était inconcevable qu'il ait changé de club de son plein gré si le club X. _____ ne lui offrait pas des conditions salariales à tout le

moins équivalentes, nonobstant le fait que le trajet pour se rendre aux entraînements est plus court. Par ailleurs, quand bien même il devait désormais gagner moins, on devrait, en application de la jurisprudence, lui imputer le même revenu qu'il réalisait auparavant.

E. 4.2

Sous l'angle de l'arbitraire, le recourant reproche à la Juge déléguée d'avoir, à l'instar du juge de première instance, ajouté aux revenus qu'il perçoit de son activité lucrative exercée à plein temps ceux tirés de son activité de footballeur. Or, il s'agissait avant tout d'une activité sportive, respectivement de la " pratique de son sport favori ", dont la nature ne répondait pas aux critères d'une activité accessoire lucrative. Les revenus qu'il retirait de cette activité auprès du club Y. _____ " [étaient] sinon anecdotique[s], à tout le moins très accessoire[s] ". Le recourant estime en outre qu'il " devait pouvoir, sans craindre la moindre retombée judiciaire, opter pour un club situé géographiquement bien plus proche de son lieu de vie et de travail et où «l'ambiance» était à l'évidence nettement plus saine et sereine ". Au vu de la chronologie des faits, il était enfin arbitraire de retenir à son encontre une intention de nuire. Il avait en effet déjà donné sa démission au club Y. _____ pour intégrer le club X. _____ lorsque la séparation était soudainement intervenue le 24 décembre 2016 suite à une altercation.

E. 4.3

Le moyen est vain. Force est en effet de constater que le recourant se borne à opposer, dans une démarche purement appellatoire, partant irrecevable (cf.

supra consid. 2.1), à l'appréciation cantonale sa propre vision de la cause, de surcroît en se fondant en partie sur des faits nouveaux ou qui s'écartent de ceux constatés dans l'arrêt querellé, ce qui n'est pas admissible (cf.

supra consid. 2.2 et 2.3). Ce faisant, il ne fournit pas d'explication circonstanciée démontrant en quoi la jurisprudence correctement rappelée par la Juge déléguée au considérant 2.1.4 de son arrêt aurait en l'espèce été appliquée de manière insoutenable.

E. 5

Le recourant fait enfin grief à la Juge déléguée d'avoir violé l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) en tant que l'assistance judiciaire lui a été refusée en deuxième instance au motif que son appel était dénué de chances de succès. Dès lors qu'il est dépourvu de toute motivation conforme aux exigences susrappelées (cf.

supra consid. 2.1), il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ce grief.

E. 6

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Comme les conclusions du recourant étaient d'emblée dépourvues de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire doit être rejetée (art. 64 al. 1 et 3 LTF), ce qui implique sa condamnation aux frais (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer au fond mais a été suivie dans les conclusions qu'elle a prises dans ses déterminations sur la requête de mesures provisionnelles, a droit à une indemnité de dépens pour cette écriture, mise à la charge du recourant (art. 68 al. 1 et 2 LTF).