

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 avril 2011

Présidence de Mme Kühnlein, juge délégué
Greffier : Mme Logoz

* * * * *

Art. 310, 317 al. 1 CPC; art. 125 al. 1, 137 al. 2, 176 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.O.**_____, à L'Orient, demandeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 10 mars 2011 par le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **A.**_____, au Sentier, défenderesse, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 10 mars 2011, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A.O._____ le 27 août 2010 (I), rejeté la conclusion reconventionnelle prise par A._____ dans son procédé sur requête de mesures provisionnelles du 13 octobre 2010 (II), dit que les conventions et prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale antérieurs restent en vigueur en tant qu'ils concernent le principe de la vie séparée des époux, la jouissance du domicile conjugal, la garde de C.O._____ ainsi que le droit de visite sur cette dernière et la contribution de A.O._____ à l'entretien des siens (III), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (IV) et rejeté toute autre et plus ample conclusion (V).

En droit, le premier juge a considéré que la modification des circonstances de fait qui fondaient la convention ratifiée le 5 août 2003 pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale ainsi que le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 1^{er} septembre 2003 justifiaient le réexamen de la situation des parties dans le cadre des mesures provisionnelles. Il a toutefois constaté, après avoir défini le minimum vital des parties à la lumière de leur nouvelle situation patrimoniale, que seul A.O._____ était en mesure de couvrir son minimum vital. Compte tenu du disponible du prénommé et du manco de A._____, il a maintenu la contribution d'entretien fixée dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale précité, la défenderesse n'ayant pas pris de conclusions reconventionnelles à cet égard. Il a en outre rejeté la conclusion de A._____ tendant au versement d'une provision ad litem, celle-ci étant déjà au bénéfice de l'assistance judiciaire.

B. Par acte du 18 mars 2011, A.O._____ a fait appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais, à ce que le chiffre I de l'ordonnance de mesures provisionnelles soit réformé et qu'il soit

condamné à payer une contribution pour l'entretien de sa famille d'un montant de 1'150 fr. seulement, allocations familiales non comprises.

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

1. A.O._____, né le [...] 1951, et A._____ le [...] 1952, se sont mariés le [...] 1983 à Begnins.

Ils ont adopté deux enfants, B.O._____, né le 6 octobre 1989 et C.O._____, née le 30 mai 1993.

2. A la suite de leur séparation, ils ont passé une convention prévoyant qu'ils convenaient de vivre séparément jusqu'au 30 juin 2004 (I), A.O._____ conservant la jouissance du domicile conjugal à l'Orient (II) et la garde sur l'enfant B.O._____ lui étant confiée (III). A._____ se voyait attribuer la garde sur C.O._____ (IV). Cette convention a été passée et ratifiée en audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 août 2003.

Les parties ne s'étant pas mises d'accord sur la contribution d'entretien due à la fille et à l'épouse, celle-ci a été fixée par prononcé du 1^{er} septembre 2003 à 1'840 fr., allocations familiales pour C.O._____ en plus. Ce prononcé retient que A.O._____, employé auprès de la société [...], perçoit un salaire mensuel déterminant de 8'010 fr, allocations familiales pour B.O._____ comprises; son minimum vital, avec un enfant, est estimé à 4'075 francs. A._____, qui travaille comme veilleuse de nuit dans un EMS à Rolle, réalise un revenu mensuel de 2'110 fr., allocations familiales pour C.O._____ comprises. Son minimum vital, avec un enfant, est estimé à 3'250 francs.

3. Par requête de mesures préprovisionnelles et provisionnelles du 27 août 2010, A.O._____ a conclu à ce que la garde sur C.O._____ reste attribuée à sa mère (I), à ce que le père exerce sur

sa fille un libre droit de visite, fixé d'entente avec elle (II), à ce que la jouissance du domicile conjugal lui reste attribuée, à charge pour lui d'en acquitter toutes les charges (III), et enfin à ce qu'il contribue à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension de 1'150 fr., la première fois le 1^{er} septembre 2010, allocations familiales non comprises (IV).

Il a déposé le même jour une requête tendant au divorce.

Dans son procédé sur mesures provisionnelles du 13 octobre 2010, A._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles et à ce que le requérant soit tenu de lui verser un montant de 2'000 fr. à titre de provision ad litem.

4. A.O._____ est au chômage depuis le 1^{er} septembre 2009. Il bénéficie d'indemnités journalières d'un montant de 387 fr. 10 brut, soit un montant mensuel total de 7'700 fr. environ net.

A.O._____ réside dans l'ancien domicile conjugal, sis à l'Orient, dont les parties sont copropriétaires chacune pour une demie. Il assume les charges de ce logement (intérêts hypothécaires, amortissement et charges courantes), qui se montent mensuellement à 1'663 francs.

La prime d'assurance-maladie de base de A.O._____ est de 269 francs.

Ses frais de recherche d'emploi se montent à 150 fr. par mois.

Sa charge fiscale, impôts communaux, cantonaux et fédéral confondus, est de 1'000 fr. par mois.

Selon les directives de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, la base mensuelle pour un adulte vivant seul est de 1'200 fr. auquel il convient d'ajouter un montant de 150 fr.

pour l'exercice du droit de visite sur C.O._____. Ainsi, le minimum vital de A.O._____ est de 4'432 francs par mois. Il dispose donc d'un disponible de 3'268 fr. par mois (7'700 - 4'432).

5. A._____ travaille depuis le 1^{er} avril 2009 en qualité d'aide-soignante à 70 % auprès de l'EMS de Gimel. Elle était précédemment au bénéfice du revenu d'insertion, après avoir épuisé son droit au chômage ensuite de la perte de son emploi de veilleuse de nuit. Son activité actuelle lui rapporte un revenu mensuel net de 2'875 fr. par mois, part au treizième salaire et indemnités pour le travail le dimanche et les jours fériés comprises. Au jour de l'audience de mesures provisionnelles, elle percevait également des allocations de formation professionnelle pour C.O._____ de 250 fr. par mois.

A._____ occupe un appartement de 4 pièces sis au Sentier, dont le loyer mensuel brut se monte à 1'132 fr. par mois, plus un loyer mensuel de 107 fr. pour un garage sis dans le même immeuble.

A._____ paie 282 fr. par mois pour son assurance-maladie et celle de sa fille C.O._____, après déduction d'un subside mensuel de 124 fr. pour elle-même et de 66 fr. pour sa fille (art. 12 LVLAmal [Loi du 25 juin 1996 d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie]; RSV 832.01).

Ses frais de transport pour se rendre sur son lieu de travail à Gimel se montent à 446 fr. par mois, ceux concernant ses frais de repas sur son lieu de travail à 135 francs par mois.

La charge fiscale de A._____ se monte à 300 fr. par mois. Elle doit en outre s'acquitter mensuellement de 50 fr. à titre de participation à la prise en charge, par l'assistance judiciaire, de ses frais de procès en divorce.

En retenant une base mensuelle de 1'350 fr. par mois pour un débiteur monoparental selon les directives précitées ainsi qu'une base

mensuelle de 600 fr. pour C.O._____, le minimum vital de A._____ est de 4'402 fr. par mois. Cette dernière accuse en conséquence un manco de 1'527 fr. par mois (2'875 - 4'402).

6. B.O._____ est désormais majeur et habite dans son propre appartement. Il n'est plus à la charge de ses parents et bénéficie, aux dires des parties, du revenu d'insertion ou du chômage.

7. C.O._____ vit auprès de sa mère. Elle a obtenu, en été 2010, un certificat fédéral de capacité en tant qu'opératrice en horlogerie. A la rentrée scolaire 2010, elle a débuté un deuxième apprentissage d'horlogère à l'Ecole technique de la Vallée de Joux, dont le contrat a toutefois été rompu le 25 novembre 2010. Au moment de l'audience de mesures provisionnelles, elle n'avait pas de revenu.

Selon l'appelant, C.O._____ aurait pris un emploi à temps plein depuis lors. Au vu de ces nouveaux éléments, il a déposé une nouvelle requête de mesures provisionnelles.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d 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 fr. (art. 308 CPC), 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 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., JT 2010 III 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., JT 2010 III 136-137). 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuve nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile, p.

197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad. art. 317 CPC; Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al.1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits et preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., n. 2410 p. 437).

b) En l'espèce, l'appelant a pris le parti de faire valoir les faits nouveaux survenus depuis l'audience de mesures provisionnelles par le biais d'une nouvelle requête de mesures provisionnelles. La présente décision ne prend ainsi pas en considération les changements intervenus dans la situation personnelle de C.O. _____ depuis l'audience de mesures provisionnelles du 9 décembre 2010.

3. L'appelant invoque une violation de l'art. 125 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210). Il soutient que l'intimée aurait une capacité de travail de 100 % et qu'une telle activité aurait dû être exigée par le premier juge, d'autant que sa fille C.O. _____ est presque majeure et qu'il se trouve lui-même dans une situation financière précaire. Il fait en outre valoir que l'intimée aurait admis, au regard des éléments de faits retenus dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} septembre 2003, que ses besoins pour un entretien convenable étaient de l'ordre de 4'000 francs. Il estime dès lors qu'aucune contribution n'est due pour l'entretien de son épouse et que seule une contribution de 1'150 fr.,

représentant le 15 % de ses indemnités de chômage, aurait dû être fixée pour l'entretien de sa fille C.O._____.

a) En vertu de l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires pour la durée de la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC) sont applicables par analogie.

Le juge fixe le principe et le montant de la contribution d'entretien à verser par l'une des parties à l'autre selon l'art. 176 al.1 ch. 1 CC, applicable par analogie aux mesures provisoires pendant la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC). Cette contribution se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 c. 3b, 118 II 376 c. 20b et les références citées).

L'absence de perspectives de réconciliation ne justifie pas elle seule la suppression de toute contribution d'entretien. L'art. 125 al. 1 CC, concernant l'entretien après le divorce, concrétise en effet deux principes. D'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins, d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien (ATF 132 III 598 c. 9.1 et les références citées). Indépendamment de sa durée, un mariage a eu une influence concrète sur la situation financière de l'époux lorsque le couple a eu des enfants communs (ATF 135 III 59 c. 4.1).

Conformément au principe de l'indépendance économique des époux, l'époux demandeur ne peut prétendre à une pension que s'il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable tel qu'établi conformément aux principes susmentionnés (ATF 134 III 145 c. 4). Selon les circonstances, il pourra ainsi être contraint d'exercer une activité lucrative ou d'augmenter son taux de travail (ATF 130 III 537 c.

3.2; 128 III 65 c. 4a). Le juge doit donc examiner dans quelle mesure l'époux concerné peut exercer une activité lucrative, compte tenu de son âge, de son état de santé et de sa formation. S'il entend exiger de lui qu'il reprenne une activité lucrative, il doit lui accorder un délai d'adaptation approprié: l'époux doit en effet avoir suffisamment de temps pour s'adapter à sa nouvelle situation, notamment lorsqu'il doit trouver un emploi. Ce délai doit par ailleurs être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier (ATF 129 III 417 c. 2; 114 II 13 c. 5, TF 5A_743/2010 du 10 février 2011 c. 4)

Lorsqu'une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable après le dépôt d'une demande en divorce, l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires de l'art 137 al. 2 CC. Les principes jurisprudentiels sur l'entretien après le divorce peuvent y être pris en compte, par analogie, dans une proportion plus étendue que dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 542; TF 5P_189/2002 du 17 juillet 2002, c. 2, publié in: FamPra.ch 2002 p. 836).

Un conjoint peut ainsi se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse être raisonnablement exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, in Basler Kommentar, 3^{ème} éd., n. 10 ad. art. 137 CC). Dans chaque cas concret, il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle prenne une activité

lucrative, ou augmente celle qu'elle exerce déjà, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, cas échéant, du temps plus ou moins long durant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle. En principe, on peut exiger de l'épouse qu'elle reprenne une activité lucrative à 100 % lorsque le cadet atteint l'âge de 16 ans révolus (TF 5A _478/2010 du 20.12.2010 c. 4.2.2.2; ATF 115 II 6 c. 3c).

b) En l'espèce, il est exact que l'intimée exerce une activité à 70 % seulement alors même que ses deux enfants ont plus de 16 ans. Les époux vivent séparés depuis plus de sept ans et l'intimée devrait avoir tout mis en oeuvre pour assurer son indépendance financière. Par contre, contrairement à ce que soutient l'appelant, ce n'est pas parce qu'en 2003 elle s'est contentée d'une contribution d'entretien de 2'000 fr. alors même que son salaire était de 1'950 fr. que l'on doit admettre que ses besoins mensuels sont de 4'000 francs environ. Bien au contraire, dans le prononcé de mesures protectrices du 1^{er} septembre 2003, le juge avait déjà relevé que l'intimée aurait pu prétendre à une pension de 2'500 fr. mais qu'il ne pouvait statuer *ultra petita*.

Par ailleurs, le calcul du minimum vital des parties tel qu'il a été établi par le juge des mesures provisionnelles n'a pas été contesté par l'appelant et ne prête pas flanc à la critique. En conséquence, même si l'on tient compte d'un revenu hypothétique de l'intimée de 4'107 fr. (2875 fr. x 100/70) par mois, question qui peut rester ouverte, elle accuse un manco de 295 fr. (4'107 fr. - 4'402 fr.). Une fois le manco de l'intimée couvert, il subsiste un disponible à partager de 2'973 fr. (3'268 fr. - 295 fr.). Si l'on répartit l'excédent disponible à raison d'un tiers pour le requérant et de deux tiers pour l'intimée qui a encore une enfant à charge (ATF 126 III 8, JT 2000 I 29; Juge délégué CACI 18.02.2011/3), ratio qui n'a au demeurant pas été contesté en appel, l'intimée peut prétendre à une contribution d'entretien de près de 2'300 francs. Le premier juge a d'ailleurs relevé que la pension à laquelle peut prétendre l'intimée est plus élevée mais il s'est abstenu de statuer *ultra petita*. Dans ces circonstances, l'appelant doit continuer à verser la contribution mensuelle

de 1'840 fr. telle qu'elle a été fixée par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale.

L'appel est ainsi rejeté en application de l'art. 312 al. 1 in fine CPC.

4. Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 et 65 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

En application de l'art. 104 al. 3 et 4 CPC, le juge délégué peut choisir de répartir les frais ou déléguer cette répartition à la juridiction précédente. Les frais, qui comprennent les dépens selon l'art. 95 al. 1^{er} CPC, doivent être mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1^{er} CPC).

En l'espèce, l'appelant succombe et supportera les frais de justice. L'intimée n'ayant pas procédé, il ne sera pas alloué de dépens.

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'appelant A.O._____.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 15 avril 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 Alexa Landert (pour A.O. _____),
- Me Manuela Ryter Godel (pour A. _____).

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 :

- Mme le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :