

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 15 mai 2014

---

Présidence de        Mme     CRITTIN DAYEN , juge déléguée  
Greffière        :     Mme     Juillerat Riedi

\* \* \* \* \*

**Art. 29 al. 2 et 3 Cst ; 53 et 117 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, intimé, représenté par sa mère **V.**\_\_\_\_\_, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 28 février 2014 par la présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.K.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, requérant, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 février 2014, communiquée pour notification le même jour, la présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de mesures provisionnelles déposée le 13 décembre 2013 par B.K.\_\_\_\_\_ (I), dit que, tant que B.K.\_\_\_\_\_ sera au bénéfice du revenu d'insertion, il est exempté du paiement de la contribution d'entretien due selon le chiffre I de la convention alimentaire approuvée par la Justice de paix du district de Lausanne le 10 février 2005, et ce dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (II), octroyé au requérant B.K.\_\_\_\_\_ un délai de trois mois dès réception de l'ordonnance pour déposer sa demande au fond, sous peine de caducité des mesures provisionnelles (III), dit que les frais de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr., sont mis à la charge de l'intimé A.K.\_\_\_\_\_ (IV), dit que l'intimé versera au requérant la somme de 1'837 fr. 50 à titre de dépens (V) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (VI).

Le premier juge a considéré en substance que B.K.\_\_\_\_\_ émargeait à l'aide sociale depuis le 1<sup>er</sup> mai 2012, qu'en percevant désormais des prestations de l'ordre de 2'243 fr. par mois il ne pouvait plus s'acquitter de la contribution d'entretien due pour son fils, que la mère de l'enfant n'avait pas prouvé ses allégations, selon lesquelles le requérant réaliserait des revenus non déclarés, que le requérant était restreint à son minimum vital et que rien ne permettait de croire qu'il demeurerait par sa faute dans cette situation, de sorte qu'il y avait lieu, au stade des mesures provisionnelles, de supprimer la contribution d'entretien due par B.K.\_\_\_\_\_ en faveur de son fils.

**B.** Par acte du 11 mars 2014, l'enfant A.K.\_\_\_\_\_, représenté par sa mère V.\_\_\_\_\_, a interjeté appel contre cette ordonnance, prenant les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

A titre liminaire

I. L'effet suspensif est octroyé.

Principalement

II. L'appel est admis.

III. L'ordonnance de mesures provisionnelles rendue par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 28 février 2014 (réf. JI14.000538) est annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité inférieure pour fixation d'une nouvelle audience de mesures provisionnelles.

Subsidiairement

IV. L'appel est admis.

V. L'ordonnance de mesures provisionnelles rendue par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 28 février 2014 (réf. JI.14.000538) est réformée comme suit :

**I. rejette** la requête de mesures provisionnelles déposée le 12 décembre 2013 par B.K.\_\_\_\_\_.

**II. dit** que B.K.\_\_\_\_\_ est tenu de payer la contribution d'entretien due selon le chiffre I de la convention alimentaire approuvée par la Justice de Paix du district de Lausanne le 10 février 2005.

**III. rejette** toutes autres ou plus amples conclusions.

Il a en outre requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Par décision du 14 mars 2014, la requête d'effet suspensif a été rejetée.

Par décision du 8 avril 2014, A.K.\_\_\_\_\_ a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Dans sa réponse déposée le 17 avril 2014, B.K.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par l'appelant. Il a en outre requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

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

**1.** A.K.\_\_\_\_\_ est né le 20 juin 2004 et a pour mère V.\_\_\_\_\_.

**2.** B.K.\_\_\_\_\_ est aide-monteur électricien de formation, mais a exercé la profession de parqueteur. Il est père de deux filles, [...] et [...], nées le 3 février 1999, respectivement le 26 décembre 2000 qu'il a eu avec sa précédente épouse, dont il est divorcé depuis le 28 décembre 2007.

**3.** B.K.\_\_\_\_\_ a reconnu être le père d'A.K.\_\_\_\_\_ par acte du 16 août 2004. Il a alors conclu une convention alimentaire, approuvée par la Justice de Paix du district de Lausanne le 10 février 2005, qui prévoit une contribution d'entretien à sa charge en faveur de son fils de 400 fr. par mois jusqu'à l'âge de dix ans révolus, de 500 fr. par mois dès lors et jusqu'à l'âge de 15 ans révolus et de 600 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant.

Au moment de la conclusion de la convention précitée, B.K.\_\_\_\_\_ bénéficiait de prestations de chômage et percevait à ce titre une indemnité mensuelle de 3'831 fr. 10.

**4.** B.K.\_\_\_\_\_ est bénéficiaire du revenu d'insertion depuis le 1<sup>er</sup> mai 2012 et perçoit à ce titre un revenu mensuel de 2'243 francs.

**5.** Le 4 février 2013, B.K.\_\_\_\_\_ a déposé une demande en modification du jugement de divorce d'avec son ex-épouse, tendant notamment à ce qu'il soit exonéré de prestations pécuniaires pour sa fille [...]. Dans ce cadre, il a conclu une convention avec son ex-épouse, prévoyant notamment l'exemption du paiement de toute contribution d'entretien à l'égard de ses filles. Dite convention a été ratifiée séance

tenante par le juge saisi pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles.

**6. a)** Le 12 décembre 2013, B.K.\_\_\_\_\_ a déposé une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de son fils A.K.\_\_\_\_\_, tendant à être exonéré de toute prestation pécuniaire pour son entretien, dès et y compris le 1<sup>er</sup> novembre 2013. Il a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, comprenant l'assistance d'un conseil d'office en la personne de Me Adrien Gutowski.

**b)** Par courrier du 15 janvier 2014, la présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne a cité les parties à comparaître le 6 février 2014 pour l'instruction de la cause et invité l'intimé à déposer ses éventuelles déterminations sur la requête avant l'audience, dans un délai approprié.

**c)** A.K.\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire de sa mère V.\_\_\_\_\_, a demandé l'assistance judiciaire le 24 janvier 2014.

**d)** L'audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 6 février 2014 sans que l'intimé ne dépose de déterminations. Le requérant s'y est présenté assisté de son conseil d'office et V.\_\_\_\_\_ s'est présentée pour l'intimé, sans l'assistance d'un conseil.

**e)** Par décision du 27 février 2014, A.K.\_\_\_\_\_ a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, Me Marc-Henri Fragnière ayant été désigné conseil d'office.

**f)** L'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée a été adressée le 28 février 2014 au conseil d'office du requérant et à V.\_\_\_\_\_ en sa qualité de représentante légale de l'intimé.

**En droit :**

**1.** L'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) ouvre la voie de l'appel contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles dans la mesure où, pour les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse en première instance est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel portant sur des mesures provisionnelles relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire ; RSV 173.01]).

Les mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Interjeté en temps utile par une personne qui y a intérêt dans un litige dont la valeur litigieuse de première instance, calculée en application de l'art. 92 al. 2 CPC, dépasse 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.** 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 (Jeandin, CPC commenté, 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250).

**3. a)** L'appelant invoque en premier lieu la violation de son droit d'être entendu, faisant valoir qu'il n'aurait pas été assisté d'un avocat lors de l'audience de mesures provisionnelles du 6 février 2014, malgré sa requête expresse, et ainsi pas en mesure de faire valoir ses droits. Selon lui, l'état de fait devant être complété sur des points essentiels, le vice ne

peut pas être réparé en procédure d'appel et une nouvelle audience de mesures provisionnelles doit être assignée par le juge de première instance. Pour le cas où l'ordonnance ne serait pas annulée, il requiert la production, par l'intimé, de ses décomptes bancaires et postaux pour les années 2010 à ce jour, ses déclarations d'impôt pour les années 2010 à ce jour, de toutes pièces attestant des immeubles dont il est propriétaire en Bosnie-Herzégovine et de l'entier de ses dossiers de chômage et de l'aide sociale.

L'intimé soutient pour sa part qu'à la réception de la citation à comparaître et de la requête de mesures provisionnelles, l'appelant aurait pris contact avec un mandataire professionnel et aurait déposé une demande d'assistance judiciaire, de sorte qu'il aurait été en mesure de se déterminer sur la requête de mesures provisionnelles. Il aurait pu aussi réitérer sa requête lors de l'audience du 6 février 2014, requérir le report de l'audience jusqu'à droit connu sur sa demande d'assistance judiciaire ou encore se présenter à l'audience accompagné de son conseil, lequel aurait été à même de garantir le respect des droits dont il invoque la violation dans le présent appel. S'agissant de ses activités accessoires, il affirme que de telles activités ont été alléguées en première instance, mais qu'elles n'ont pas été prouvées. Selon lui, l'appelant aurait donc été négligeant en ne mettant pas en oeuvre les moyens qui lui étaient connus et mis à sa disposition afin de faire valoir ses arguments dans le cadre de la première audience et il n'y aurait pas lieu de rattraper cette négligence dans le cadre d'un appel.

**b)** Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle prévue par l'art. 29 al. 2 Cst (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) qui permet à toute personne qui est partie à une procédure d'être informée et entendue avant qu'une décision ne soit prise à son sujet. Il s'agit d'une garantie minimale, comprenant plusieurs aspects, et concrétisée pour l'essentiel par les dispositions législatives dans les différents domaines du droit, en particulier la procédure civile. Il assure ainsi en particulier au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit rendue à son détriment, celui de

fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, celui de se faire représenter et assister et celui d'obtenir une décision de la part de l'autorité compétente (ATF 119 la 260, c. 6 ; 105 la 288 c. 2b ; 100 la 8 c. 3b, JdT 1976 I 314 c. 3b). Ce droit est concrétisé par l'art. 53 CPC.

Consacré par l'art. 29 al. 3 Cst, le droit à l'assistance judiciaire gratuite assure la possibilité d'un accès effectif à la justice et le respect du droit d'être entendu (ATF 132 I 201, c. 8.2, JdT 2008 I 116), voire notamment lorsque la procédure porte sur la fourniture d'un avocat d'office, garantit un procès équitable (ATF 129 I 281, c. 4.3, JdT 2005 IV 36). Ce droit est concrétisé par l'art. 117 CPC.

Le droit d'être entendu est un droit de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 c. 3d/aa). Ce moyen doit par conséquent être examiné en premier lieu (ATF 124 149, SJ 1998 403) et avec un plein pouvoir d'examen (ATF 127 III 193 c. 3 et la jurisprudence citée). La jurisprudence permet toutefois de renoncer à l'annulation d'une décision violant le droit d'être entendu lorsque l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen lui permettant de réparer le vice en seconde instance et lorsque l'informalité n'est pas de nature à influencer sur le jugement (Haldy, CPC commenté, n. 20 ad art. 53 CPC) ou sur la procédure, le renvoi de la cause à l'autorité précédente en raison de la seule violation du droit d'être entendu conduisant alors uniquement au prolongement de la procédure, en faisant fi de l'intérêt des parties à un règlement rapide du litige (TF 2P\_20/2005 du 13 avril 2005 et les réf. citées; TF 6B\_76/2011 du 31 mai 2011).

**c)** Au regard des éléments figurant au dossier, il n'apparaît pas, contrairement à ce qui est soutenu par l'intimé, que l'appelant était, préalablement à l'audience du 6 février 2014, représenté par un mandataire professionnel et qu'il bénéficiait donc de ses conseils et de la

possibilité de faire valoir ses arguments en première instance, indépendamment du fait qu'aucune décision sur l'assistance judiciaire n'avait été préalablement rendue.

Sur cette base, force est d'admettre que le droit d'être entendu de l'appelant n'a pas été respecté. Il convient en effet de considérer que celui-ci n'a pas été en mesure de faire valoir correctement ses droits devant le premier juge et de requérir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision. Cela est d'autant plus vrai qu'il fait valoir des arguments de fond plausibles devant l'instance d'appel, même s'il est en l'état sans pertinence de savoir si le respect du droit d'être entendu devant la première instance aurait ou non conduit à une autre décision. On relèvera également que la garantie d'un procès équitable n'a pas non plus été respectée, puisque l'intimé a bénéficié d'un conseil d'office dès le début de la procédure, tandis que l'appelant n'a pu être assisté qu'une fois l'ordonnance rendue.

Dans la mesure où l'instruction est défailante sur des points essentiels tels que la capacité du père de subvenir au besoin de son fils jusqu'en novembre 2013 lors même qu'il émarge aux services sociaux depuis le 1<sup>er</sup> mai 2012 et l'existence de revenus annexes, voire hypothétiques, la violation du droit d'être entendu de l'appelant et de la garantie d'un procès équitable ne saurait être réparée en procédure d'appel. Elle entraîne l'annulation du prononcé attaqué, sans qu'il y ait lieu d'examiner plus avant les arguments au fond, qui dénoncent une violation des art. 276 et 285 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210). Il appartiendra au premier juge de fixer une nouvelle audience de mesures provisionnelles durant laquelle chaque partie pourra faire valoir ses arguments et, sur cette base, rendre un nouveau prononcé.

**4. a)** En définitive, l'appel doit être admis, l'ordonnance annulée et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

**b)** B.K.\_\_\_\_\_ a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 CPC). En l'occurrence, l'intéressé remplit ces deux conditions cumulatives. Etant donné qu'il perçoit le revenu d'insertion et qu'il n'est en l'état pas établi qu'il réalise d'autres revenus, il y a lieu de considérer qu'il n'est pas en mesure de payer une franchise mensuelle à titre de participation aux frais de procès.

**c)** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]) pour l'intimé qui succombe (art. 106 al. 2 CPC), sera laissé à la charge de l'Etat en raison de l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée.

**d)** L'intimé versera à l'appelant des dépens de deuxième instance arrêtés à 1'800 fr., TVA et débours compris.

Il y a toutefois lieu de fixer l'indemnité de conseil d'office de l'appelante, Me Marc-Henri Fragnière, pour le cas où il ne pourrait obtenir le paiement des dépens qui lui ont été alloués.

Il ressort de la liste des opérations produites que l'avocat précité a consacré 7h45 à la procédure de recours. Les opérations ne sont toutefois pas détaillées en temps, mais vu le contenu de l'appel, on peut admettre en équité le temps tel qu'il est allégué. Au vu du tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]), l'indemnité sera en définitive arrêtée à 1'560 fr. 60, TVA et débours compris (1'395 fr. + 50 fr. forfaitaires à titre de débours + 115 fr. 60 à titre de TVA à 8% sur le tout).

**e)** Il ressort de la liste des opérations produites que le conseil de l'intimé a consacré 3h20 à la procédure de recours, ce qu'il y a lieu

d'admettre au vu de la nature de l'affaire. L'indemnité de Me Adrien Gutowski sera en définitive arrêtée à 702 fr., TVA et débours compris (600 fr. + 50 fr. forfaitaires à titre de débours + 52 fr. à titre de TVA à 8% sur le tout).

**f)** Dans la mesure de l'art. 123 CPC, les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus au remboursement de la part des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,  
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
prononce :

- I.** L'appel est admis.
- II.** L'ordonnance est annulée et la cause renvoyée à la présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants.
- III. a)** L'assistance judiciaire est accordée à l'intimé B.K. \_\_\_\_\_ avec effet au 17 avril 2014 dans la procédure d'appel, Me Adrien Gutowski étant désigné conseil d'office.
- b)** B.K. \_\_\_\_\_ est exonéré de toute franchise mensuelle.
- c)** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

**IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'intimé B.K.\_\_\_\_\_, sont laissés à la charge de l'Etat.

**V.** L'intimé B.K.\_\_\_\_\_ doit verser à l'appelant A.K.\_\_\_\_\_ la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.

**VI.** L'indemnité de Me Marc-Henri Fragnière, conseil de l'appelant A.K.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'560 fr. 60 (mille cinq cent soixante francs et soixante centimes), TVA et débours compris.

**VII.** L'indemnité de Me Adrien Gutowski, conseil de l'intimé B.K.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 702 fr. (sept cent deux francs), TVA et débours compris.

**VIII.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Marc-Henri Fragnière (pour A.K.\_\_\_\_\_),
- Me Adrien Gutowski (pour B.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 :

- Mme la présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne .

La greffière :