COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 19 février 2021

Composition : M. PERROT, juge délégué
Greffier : M. Clerc

*****

Art. 163, 279 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.T._____**, à Bex, requérant, représenté par sa mère , contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 24 novembre 2020 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **K._____**, à Lutry, intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 24 novembre 2020, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la présidente) a rejeté la requête de mesures provisionnelles en allocation d'une *provisio ad litem* déposée le 19 décembre 2018 par le requérant A.T._____, représenté par sa mère B.T._____, à l'encontre de l'intimé K._____, telle que précisée le 26 octobre 2020 (I), a dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle suivraient le sort de la cause au fond (II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III) et a dit que la décision était immédiatement exécutoire (IV).

En droit, la présidente a admis que la situation économique du requérant et de sa mère ne leur permettait pas d'assumer les frais de la procédure sans entamer les moyens qui leur étaient nécessaires pour couvrir leur entretien courant. Elle a considéré toutefois que l'intimé ne disposait vraisemblablement pas des ressources financières lui permettant de verser une *provisio ad litem* de 15'000 fr. compte tenu du fait que ses charges entamaient son minimum vital.

B. **a)** Par acte du 7 décembre 2020, A.T._____, représenté par sa mère B.T._____, a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que sa requête de mesures provisionnelles du 19 décembre 2018 soit admise et qu'K._____ soit astreint à lui verser une *provisio ad litem* d'un montant de 15'000 francs. Il a par ailleurs requis l'assistance judiciaire.

b) Par ordonnance du 22 décembre 2020, le Juge délégué de la Cour d'appel civile (ci-après : le juge délégué) a accordé à A.T._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 26 novembre 2020 et a désigné Me Damien Hottelier en qualité de conseil d'office.

c) Dans sa réponse du 4 janvier 2021, K._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. A l'appui de son écriture, il a produit une ordonnance d'octroi de l'assistance judiciaire en sa faveur rendue le 31 juillet 2019 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause en modification du jugement de divorce qui l'oppose à son ex-épouse [...].

d) Par courrier du 2 février 2021, le conseil d'office d'A.T._____ a indiqué s'en remettre à justice s'agissant de la fixation de son indemnité.

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

1. L'intimé K._____ et B.T._____ ont vécu en ménage commun durant environ un an et se sont séparés le 19 juin 2018.

De leur relation est issu le requérant A.T._____, né le 11 mai 2018. L'intimé a reconnu l'enfant le 6 septembre 2018.

L'intimé est également le père de l'enfant [...], née le [...] 2001 de son mariage avec son ex-épouse [...].

2. **a)** Par requête du 16 novembre 2018, B.T._____ a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire dans la cause en fixation de la contribution d'entretien et des droits parentaux l'opposant à K._____.

Par décision du 26 novembre 2018, la présidente a octroyé à B.T._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 23 novembre 2018.

b) Le 19 décembre 2018, A.T._____, représenté par sa mère, et celle-ci ont déposé une requête de conciliation tendant à la fixation de la contribution d'entretien et des droits parentaux à l'encontre de l'intimé.

Par requête de mesures provisionnelles en allocation d'une *provisio ad litem* du 19 décembre 2018, A.T._____, représenté par sa mère, a conclu en substance au versement par K._____ d'un montant de 6'000 fr. à ce titre.

c) Le 21 décembre 2018, la présidente a modifié ladite décision en ce sens que le bénéfice de l'assistance judiciaire était accordé « à A.T._____, représenté par sa mère B.T._____, dans la procédure en fixation de la contribution d'entretien et des droits parentaux qui l'oppose à K._____, avec effet au 23 novembre 2018 ».

d) La tentative de conciliation ayant échoué, le requérant, représenté par sa mère, et celle-ci ont, le 5 juin 2019, déposé une demande en fixation de la contribution d'entretien et des droits parentaux contre l'intimé.

e) Par convention du 13 janvier 2020, ratifiée par la présidente le 9 juin 2020 pour valoir jugement partiel, les parties ont notamment fixé à 4'150 fr. par mois la pension totale (comprenant la contribution de prise en charge) due par l'intimé en faveur de son fils, dès le 1er mai 2018 et jusqu'à la scolarisation de l'enfant. Il ressort de cet accord que les parties avaient pris en compte un revenu de l'ordre de 10'000 fr. pour l'intimé et une absence de revenus pour B.T._____.

f) Dans ses déterminations du 26 octobre 2020, le requérant a augmenté ses conclusions en allocation d'une *provisio ad litem* en ce sens que l'intimé soit astreint à lui verser un montant de 15'000 fr. à ce titre, compte tenu de l'écoulement du temps depuis sa requête initiale.

3. En sus de la contribution d'entretien de 4'150 fr. qu'il verse à son fils, K._____ s'acquitte également d'une pension mensuelle de 1'700 fr. pour son ex-épouse […] et de 1'500 fr. pour sa fille […].

En droit :

1.

1.1 L’appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (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 est de la compétence d’un membre de la Cour d’appel civile statuant en qualité de juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d’organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 En l’espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 fr., l’appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et réf. cit.) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu’il a retenus
(ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et réf. cit.).

3.

3.1 La présente cause porte sur la *provisio ad litem* réclamée par un enfant mineur dans une procédure visant à fixer la contribution d'entretien due à cet enfant issu de parents non mariés en application des art. 276, 276a, 279 et 285 CC. Le présent appel s'insère ainsi dans le cadre d'une action alimentaire de l'enfant découlant de l'art. 279 CC – l'appelant ayant reconnu l'enfant conformément à l'art. 260 al. 3 CC –, action qui est régie par la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille selon les art. 295 ss CPC. L'ordonnance de mesures provisionnelles entreprise a ainsi été rendue en application des art. 303 al. 1 CPC et 296 CPC, celui-ci prévoyant que le tribunal établit les faits d'office (al. 1) et n'est pas lié par les conclusions des parties (al. 3).

3.2 L'art. 296 al. 1 CPC prévoit une maxime inquisitoire illimitée en ce qui concerne les questions relatives aux enfants (TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1, citant l'arrêt TF 5A_2/2013 du 6 mars 2013 consid. 4.2 et réf. cit., publié *in* FamPra.ch 2013 p. 769 ; Bohnet, CPra Matrimonial, 2016, nn. 4 et 9 ad art. 272 CPC, ainsi que les auteurs cités, et nn. 28 ss ad art. 276 CPC). Selon cette maxime, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. Partant, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al.1 CPC ne sont pas réunies. (TF 5A_788/2017 du 2 juillet 2018 consid. 4.2.1 et réf. cit.).

3.3 Quelle que soit la maxime appliquée quant à l'établissement des faits, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire un droit (art. 8 CC). Toutefois, selon la jurisprudence, cette disposition n'est pas directement applicable lorsque la loi se contente de la vraisemblance des faits allégués (ATF 118 II 376, JT 1995 I 35), comme en matière de mesures provisionnelles. Celles-ci étant

rendues en application de la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le juge se prononce sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2).

3.4 En l'espèce, à l'appui de sa réponse, l'intimé a produit une ordonnance d'octroi de l'assistance judiciaire en sa faveur rendue le 31 juillet 2019 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause en modification de jugement de divorce qui l'oppose à son ex-épouse [...]. Compte tenu du fait que la présente cause est gouvernée par la maxime inquisitoire illimitée, cette pièce est recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC (cf. consid. 3.2 *supra*). Elle n'a toutefois pas d'incidence sur l'issue du litige.

4.

4.1 L'appelant conclut au versement par l'intimé d'une *provisio ad litem* en sa faveur d'un montant de 15'000 fr. pour la procédure au fond.

4.2

4.2.1 D'après la jurisprudence, une *provisio ad litem* est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce ; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 la 99 consid. 4 ; TF 5A_808/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.1 ; TF 5A_808/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.1). Le fondement de cette prestation – devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) – est controversé (TF 5A_62/2011 du 26 juillet 2011 consid. 2.2 ; TF 5P.346/2005 du 15 novembre 2005 consid. 4.3, publié *in* FamPra.ch 2006 p. 892 n. 130 et réf. cit.), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi (ATF 138 III 672 consid. 4.2.1). En

tout état de cause, selon l'art. 163 al. 1 CC, la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari (art. 160 al. 2 aCC ; ATF 110 II 116 consid. 2a), mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (TF 5P_42/2006 du 10 juillet 2007 consid. 4). Il est par ailleurs incontesté que l'obligation du mari d'affecter une part de son revenu à l'entretien de sa femme est prioritaire par rapport tant à la *provisio ad litem* qu'à l'obligation de faire ses propres avances de frais de l'instance en divorce (TF 5A_778/2012 du 24 janvier 2013 consid. 6.1 ; TF 5P.31/2004 du 26 avril 2004 consid. 2.2 ; cf. ATF 103 la 99 consid. 4).

Une *provisio ad litem* peut être accordée déjà au stade des mesures protectrices de l’union conjugale ou des mesures provisionnelles (TF 5A_793/2008 du 8 mai 2009 consid. 6.2).

Se trouve dans le besoin celui qui ne pourrait pas assumer les frais d’un procès sans recourir à des moyens qui lui sont nécessaires pour couvrir son entretien courant et celui de sa famille. L’appréciation de cette circonstance intervient sur la base de l’examen d’ensemble de la situation économique de la partie requérante, c’est-à-dire d’une part de toutes ses charges et d’autre part de sa situation de revenus et de fortune. Les besoins d’entretien courant ne doivent pas systématiquement être assimilés au minimum vital du droit des poursuites, mais doivent être adaptés à la situation individuelle (De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, Code annoté, n. 2.5 ad art. 163 CC, et réf. cit.). La *provisio ad litem*, qui constitue en définitive une prétention en entretien de l'un des époux, est soumise au principe de disposition (TF 5A_704/2013 consid. 3.4, non publié *in* ATF 140 III 231). Les contributions d'entretien ont en principe pour but de couvrir les besoins courants des bénéficiaires, et non de servir, comme la *provisio ad litem*, à assumer les frais du procès en divorce ou de l'action alimentaire. L'octroi d'une telle provision peut donc être justifié indépendamment du montant de la contribution d'entretien (TF 5A_85/2017 du 19 juin 2017 consid. 7.1.3 et réf. cit.).

La *provisio ad litem* est une simple avance. Le droit fédéral prévoit uniquement l'obligation d'effectuer cette avance, qui peut dès lors devoir être remboursée dans le cadre du partage définitif des frais entre les parties, cette répartition relevant des règles de procédure applicables (TF 5A_590/2019 du 13 février 2020, consid. 3.3 ; TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 consid. 2 et réf. cit.).

4.2.2 L'assistance judiciaire est subsidiaire par rapport aux obligations d'assistance découlant du droit de la famille (ATF 143 III 36 consid. 2.3 ; ATF 138 III 672 consid. 4.2.1), de sorte que l'assistance judiciaire n'est accordée que si le parent débiteur de l'obligation d'entretien ne peut pas fournir une *provisio ad litem* à son enfant (TF 5A_85/2017 du 19 juin 2017 consid. 7.1.2).

On peut exiger d'une partie assistée d'un avocat qu'elle requière également une *provisio ad litem* ou alors qu'elle expose dans sa demande d'assistance judiciaire les raisons pour lesquelles elle a renoncé à une *provisio ad litem*, pour que le tribunal puisse examiner la question à titre préjudiciel. A défaut, la requête d'assistance judiciaire peut être rejetée (TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017 consid. 3.2 ; TF 5A_49/2017 du 18 juillet 2017 consid. 3.1).

4.3 En l'espèce, la mère de l'appelant a sollicité l'assistance judiciaire par requête du 16 novembre 2018 dans la cause en fixation de la contribution d'entretien et des droits parentaux. L'assistance judiciaire lui a été octroyée par prononcé du 26 novembre 2018 avec effet au 23 novembre 2018.

Aussi, lorsque l'appelant a déposé sa requête de mesures provisionnelles en allocation d'une *provisio ad litem* le 19 décembre 2018, l'assistance judiciaire était déjà accordée à sa mère, qui agissait comme sa représentante. D'ailleurs, le 21 décembre 2018, ledit prononcé a été modifié en ce sens que l'assistance judiciaire était accordée à l'appelant personnellement, avec effet rétroactif au 23 novembre 2018.

En définitive, au jour du dépôt de la requête de *provisio ad litem*, l'accès de l'appelant à la justice lui était garanti. L'assistance judiciaire étant subsidiaire à l'obligation d'assistance découlant du droit de la famille, il n'y avait pas lieu d'octroyer à l'appelant, en sus, une *provisio ad litem*.

Pour ce motif déjà, l'appel doit être rejeté.

Par surabondance, il peut être relevé que dans leur convention du 13 juillet 2020, les parties ont arrêté le revenu de l'intimé à un montant d'environ 10'000 francs. Or, si on déduit de ce salaire les pensions auxquelles est astreint l'intimé, soit 4'150 fr. pour l'appelant, 1'700 fr. pour son ex-épouse [...] et 1'500 fr. pour sa fille [...], il ne lui reste qu'un faible disponible pour faire face à ses charges courantes. Il est vraisemblable que le versement par l'intimé d'une *provisio ad litem* entamerait le minimum nécessaire à son entretien. Pour ce motif également, l'appel doit être rejeté.

5.

5.1 Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

5.2 Vu l'issue de la procédure, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 et 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelant, représenté par sa mère, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), mais laissés provisoirement à la charge de l'Etat, l'appelant ayant été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

L'appelant versera en outre à l'intimé la somme de 1'200 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance (art. 122 al. 1 let. d CPC).

5.3 En sa qualité de conseil d'office de l'appelant, Me Damien Hottelier a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC).

Celui-ci a indiqué, par courrier du 2 février 2021, s'en remettre à justice s'agissant du montant de son indemnité. Compte tenu du fait que la cause ne concerne qu'un seul point peu compliqué et du contenu du mémoire d'appel, on peut admettre un total de 6 heures consacrées au dossier. Au tarif horaire de 180 fr. pour un avocat breveté (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, BLV 211.02.3]), l'indemnité d'office de Me Hottelier doit être arrêtée à 1'080 fr. (6 x 180), montant auquel il convient d'ajouter des débours par 2% (art. 3bis al. 1 RAJ), soit 21 fr. 60 (2% x 1'080 fr.), ainsi que la TVA à 7,7% sur le tout, soit 84 fr. 80 (7,7% x 1'101 fr. 60), soit à 1'186 fr. 40 au total.

5.4 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 au conseil d'office provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
le Juge délégué
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

I. L'appel est rejeté.

II. L'ordonnance est confirmée.

III. L'indemnité de Me Damien Hottelier, conseil d'office de l'appelant A.T._____, est arrêtée à 1'186 fr. 40 (mille cent huitante-six francs et quarante centimes), TVA et débours compris.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'appelant A.T._____, représenté par sa mère B.T._____, sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

V. 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 laissés provisoirement à la charge de l'Etat.

VI. L'appelant A.T._____, représenté par sa mère B.T._____, doit verser à l'intimé K._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué : Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Damien Hottelier (pour A.T._____, représenté par B.T._____),
- Me Benjamin Schwab (pour K._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le Juge délégué de la Cour d’appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure 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), le 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).

Le greffier :