

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 février 2012

Présidence de Mme FAVROD, juge déléguée
Greffier : M. Elsig

* * * * *

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC; 276 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.A.**_____ à Lausanne, requérante, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 28 novembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.A.**_____, à Lausanne, intimé, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 novembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 29 juillet 2011 par A.A._____ (I), fixé les frais judiciaires de première instance à 400 fr. et les a mis à la charge de l'Etat (II), rappelé les conditions de remboursement de l'assistance judiciaire (III), et alloué à B.A._____ des dépens, par 1'000 fr. (IV).

En droit le premier juge a considéré que les ressources financières de B.A._____, par 8'721 fr., ne permettaient pas à celui-ci de couvrir son minimum vital, ainsi que celui des enfants dont il avait la garde (1'350 fr. de montant de base pour lui-même, 2'800 fr. de montant de base pour les enfants, 1'753 fr. de loyer, 800 francs de primes d'assurance maladie estimées, 300 fr. de frais de transports professionnels estimés, 200 fr. de frais de repas à l'extérieur, 143 fr. 60 de frais de transport pour quatre enfants, 1'260 fr. de frais de garde pour G.A._____ et 580 fr. d'activités extra-scolaires pour quatre enfants), de sorte que l'on ne pouvait lui imposer de contribuer à l'entretien d'A.A._____.

B. A.A._____ a interjeté appel le 9 décembre 2011 contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'une contribution d'entretien de 2'580 fr. par mois lui est allouée dès le 29 juillet 2011 et, subsidiairement à son annulation. Elle a requis l'octroi de l'assistance judiciaire.

Par décision du 17 janvier 2012, le juge de céans a accordé à l'appelante l'assistance judiciaire, Me Natasa Djurdjevac Heinzer étant désignée avocate d'office.

L'intimé a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel.

Sur réquisition du juge de céans, l'intimé a produit le 17 février 2012 cinq pièces.

Les parties ont été entendues à l'audience du 22 février 2012.

C. La juge déléguée retient les faits suivants :

L'appelante A.A. _____ le [...] 1969, et l'intimé B.A. _____, né le [...] 1967, tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 1990 à Lausanne. Cinq enfants sont issus de cette union : C.A. _____, né le [...] 1995; D.A. _____, née le [...] 1997; E.A. _____, née le [...] 1999; F.A. _____, née le [...] 2001 et G.A. _____, née le [...] 2007.

Les parties sont de religion musulmane et très pratiquantes. Elles sont séparées de fait de longue date, puisque l'appelante a vécu au Liban avec les enfants durant les onze dernières années, alors que l'intimé vivait en Suisse, où il travaille et a noué une relation amoureuse avec une autre femme. Il se rendait toutefois régulièrement au Liban pour y visiter son épouse et les enfants.

L'appelante est arrivée en Suisse le 2 juillet 2011 avec les enfants pour des vacances. Le 4 juillet 2011, les parties ont signé une requête commune de divorce ainsi qu'une convention réglant l'intégralité de ces effets. Toutefois, après avoir consulté une avocate et bénéficié de l'assistance judiciaire, l'appelante a déposé le 29 juillet 2011 une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à l'attribution à la mère de la garde sur les enfants, à la fixation du droit de visite du père, à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal, ordre étant donné à l'intimé de le quitter dans un délai échéant au 2 août 2011 et jusqu'à la fin de son séjour, à ce que l'intimé lui verse une contribution d'entretien de 5'000 fr. par mois, à ce qu'ordre soit donné à l'intimé de lui rendre son passeport et au paiement par l'intimé d'un montant de 5'000 fr. à titre de contribution aux frais de justice et d'avocat.

Le 2 août 2011, l'intimé a produit un lot de pièces laissant penser que les enfants avaient été maltraités au Liban par l'appelante.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 3 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions superprovisionnelles de l'appelante.

Les quatre aînés des enfants ont été entendus par ce magistrat le 19 août 2011, qui a jugé les propos tenus comme accablants pour l'appelante.

A l'audience de mesures provisionnelles du même jour, les propos des enfants ont été relatés aux parties. Celles-ci ont signé une convention partielle attribuant au père la garde sur les enfants, fixant le droit de visite de la mère à une période de deux heures tous les quinze jours dans les locaux de Point-Rencontre, prévoyant en bref la mise en œuvre du Service de protection de la jeunesse (SPJ) pour un mandat d'évaluation général, soit touchant au droit de garde et de visite, attribuant à l'intimé la jouissance du domicile conjugal, à charge pour lui d'en payer toutes les charges, et prescrivant la remise le même jour par l'intimé du passeport de l'appelante au conseil de celle-ci.

L'appelante est atteinte d'un cancer pour lequel elle suit actuellement un traitement à Lausanne. A la date de l'audience d'appel, elle suivait un traitement de radiothérapie. Elle est au bénéfice du Revenu d'insertion qui lui verse 1'110 fr. par mois et prend en charges ses primes d'assurance-maladie. Le Service social du CHUV met à sa disposition durant le traitement une chambre dans un appartement à côté de l'hôpital.

L'intimé travaille comme professeur dans une Haute école spécialisée à Genève. Il a réduit son taux d'activité de 90 % à 80 % pour pouvoir s'occuper de ses enfants. Il perçoit un salaire mensuel net de 8'142 fr. 75 versé treize fois l'an, soit un montant moyen de 8'821 fr. (8'142.75 x 13 : 12), ainsi que des allocations familiales de 1'000 fr. pour

les quatre cadets. Le versement d'allocations familiales pour l'aîné dépend de son admission au gymnase de Morges, dans lequel il est actuellement auditeur. La prime d'assurance-maladie de l'intimé s'élève à 203 fr. par mois avec une franchise de 2'500 francs, ses frais médicaux en 2011 étant évalué à 1'800 fr. notamment pour des traitements de calculs rénaux et des problèmes d'intestin grêle. Ses frais d'abonnement de transports publics s'élèvent à 297 fr. par mois et ceux de repas à l'extérieur à 200 fr. par mois.

Les primes d'assurance-maladie pour les enfants s'élèvent au total à 567 fr. 50. Les quatre aînés suivent des cours de Taekwondo pour une cotisation mensuelle globale de 280 francs, et les quatre cadets des cours de langue arabe et de culture islamique pour un montant total de 200 fr. par mois. Pour les trois enfants qui suivent leur scolarité obligatoire l'intimé a reçu une proposition pour un abonnement de transports public à 222 francs 50 par année, soit 55 fr. 60 par mois pour les trois enfants. L'intimé a déclaré n'avoir pas pu profiter de cette offre, n'ayant pas eu les moyens financiers de payer en une fois le prix de l'abonnement annuel, de sorte que l'abonnement mensuel pour les trois enfants s'élève à 135 francs par enfant. L'abonnement de transports publics de l'aîné s'élève à 88 fr. par mois et l'intimé a déclaré que les frais de repas hors du domicile pour cet enfant s'élevaient à 200 fr. par mois. Les quatre aînés bénéficient d'un appui scolaire consistant en quatre heures de français, deux heures d'allemand, une heure en moyenne d'italien et une heure en moyenne d'anglais, soit au total 8 heures par semaine pour un coût de 192 francs par semaine auquel s'ajoute une indemnité de déplacement de 20 fr., soit 848 fr. par mois. La garde de la cadette a entraîné une charge de 1'000 fr. par mois jusqu'au 31 janvier 2012 et de 1'107 fr. 90 depuis le mois de février 2012.

En droit :

1. La voie de l'appel est ouverte contre les ordonnances de 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 dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les mesures provisionnelles étant soumise à 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 capitalisée selon l'art. 92 al. 2 CPC dépasse 10'000 francs, l'appel est recevable.

2. a) L'appel en matière de 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]).

b) 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. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43)

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). 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. Selon la jurisprudence de la cour de céans, ces conditions s'appliquent aux litiges régis par la maxime inquisitoire applicable en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs (JT 2011 III 43 et références).

c) En l'espèce, les lacunes de l'instruction quant aux revenus actuels de l'intimé, à ses frais de transport, aux primes d'assurance-maladie/frais médicaux, aux frais de garde et d'appui scolaire des enfants ont été comblées par l'instruction opérée en deuxième instance.

d) L'appelante conteste le poste de frais de transports professionnels de l'intimé, relevant qu'un abonnement CFF Lausanne Genève revient à 198 fr. 75. Toutefois, l'appelant doit encore utiliser les transports publics pour se rendre à la gare de Lausanne, puis de celle de Genève à son lieu de travail, de sorte que le montant de 297 fr. doit être retenu.

e) L'appelante conteste le montant de 143 fr. pour les frais de transport des quatre enfants, soutenant qu'ils n'ont été établis qu'à concurrence de 88 francs. Toutefois, elle ne conteste pas que les enfants doivent utiliser les transport publics pour se rendre à l'école, de sorte que le montant de 143 fr. fondé sur la proposition figurant sur la pièce n° 5 apparaît vraisemblable.

f) L'appelante conteste la force probante de l'attestation du 9 février 2012 produite en deuxième instance relative aux frais payé par l'intimé pour la garde de l'enfant G.A. _____ pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2011. Toutefois, vu l'âge de cet enfant et le fait que l'intimé travaille à 80 %, il ne peut être contesté que l'enfant doit être gardé par un tiers et les frais de 1'000 fr. par mois apparaissent vraisemblables.

3. L'appelante soutient que les activités extra-scolaires des enfants n'ont pas à être prises en compte pour calculer le minimum vital de l'intimé et que les allocations familiales doivent être déduites de celui-ci, de sorte que l'intimé est, selon elle, en mesure de lui verser une contribution d'entretien.

a) Selon l'art. 276 al. 1 CPC, qui a repris la réglementation de l'art. 137 al. 2 aCC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) (Tappy, CPC Commenté, 2011, n. 2 ad art. 276 CPC; p. 1087), dans le cadre du procès en divorce, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, les dispositions régissant la protection de l'union conjugale étant applicables par analogie.

D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC relatif aux mesures protectrices de l'union conjugale, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Tant que dure le mariage, les conjoints doivent donc contribuer, chacun selon ses facultés (art. 163 al. 2 CC), aux frais supplémentaires engendrés par l'existence parallèle de deux ménages. Chaque époux peut prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa). Le minimum vital du débiteur de l'entretien ne doit pas être entamé (ATF 133 III 57 c. 3).

Selon la doctrine, pour arrêter le montant dû par le conjoint débiteur, il convient de s'intéresser d'abord aux besoins des enfants avant ceux des conjoints, car l'intérêt de ceux-là doit toujours être prioritaire (Chaix, Commentaire romand, 2010, n. 4 ad art. 176 CC, p. 1235) et il y a lieu de prendre en compte à tout le moins le montant de base prévu par le droit des poursuites, les primes d'assurance-maladie et une part des frais de logement (Vetterli, FamKomm Scheidung, Bd I, 2^{ème} éd., Schwenzer Hrsg, 2011, n. 36 ad art. 176 CC, p. 434).

Les allocations pour enfants, affectées exclusivement à l'entretien de ceux-ci, ne doivent pas être prises en compte dans le calcul du revenu du débirentier ou du parent gardien, dès lors que ce sont les enfants qui en sont titulaires (TF 5A_511/2010 du 4 février 2011 c. 3 et les réf. citées ; TF 5A_402/2010 du 10 septembre 2010 c. 4.2.3 et les réf. citées, in Revue de la protection des mineurs et des adultes [RMA] 2010, p. 45). Elles sont cependant retranchées du coût d'entretien de l'enfant (TF 5A_511/2010 précité c. 3 ; TF 5A_207/2009 du 21 octobre 2009 c. 3.2 ; TF 5A_746/2008 du 9 avril 2009 c. 6.1 et les réf. citées) et doivent donc être déduites dans le calcul du minimum vital lors de la fixation de la contribution due par le parent non gardien pour l'entretien des siens (TF 5A_511/2010 précité c. 3 ; TF 5A_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 6.2.1).

b) En l'espèce, l'intimé touche un salaire mensuel de 8'821 fr., compte tenu du treizième salaire. Le montant de base du droit des poursuites pour lui-même est de 1'350 francs, auquel il convient d'ajouter le loyer, par 1'753 fr., sa prime d'assurance-maladie, par 203 fr. et les frais médicaux non couverts par la franchise de 2'500 fr., par 150 fr. (1'800 fr. : 12 mois), ses frais de transport professionnel tels qu'allégués en première instance, par 297 francs et de repas à l'extérieur du domicile, par 200 francs, soit un minimum vital élargi de 3'953 francs.

En ce qui concerne les enfants, il y a lieu de déduire du montant de base du droit des poursuites de 2'800 fr. les 1'000 fr. d'allocations familiales touchées par leur père. A ce montant de base il convient d'ajouter les primes d'assurance-maladie, par 567 fr. 50. Vu l'âge des enfants scolarisés, leurs frais de transport, par 143 fr. 60 (55 fr. 60 + 88) apparaissent nécessaires à leur activité scolaire et doivent primer sur l'entretien de l'appelante. On ne saurait toutefois tenir compte du montant de 135 fr. invoqué par l'intimé pour les abonnements de D.A._____, E.A._____ et F.A._____, car on pouvait exiger de celui-ci qu'il entreprenne les démarches nécessaires pour bénéficier de l'offre plus avantageuse de la commune à laquelle il s'est référé en première instance. Dès lors que les enfants ont vécu pendant onze ans au Liban et qu'ils doivent surmonter d'importantes lacunes pour s'intégrer dans le

système scolaire vaudois, les frais d'appui apparaissent indispensables à leur développement et doivent en conséquence primer sur l'entretien de l'appelante. Ces frais atteignant 848 fr. par mois pour les dix mois de l'année scolaire, il convient de retenir un montant mensualisé sur l'année de 707 fr. (848 fr. x 10 : 12). Les parties étant très attachées à la langue arabe et à la culture islamique, il y a lieu de considérer que les frais de cours y relatifs, par 200 fr., sont également indispensables pour les enfants. Vu l'âge de la cadette et le taux d'activité de l'intimé, les frais de garde de celle-ci apparaissent nécessaires et doivent être retenus à concurrence de 1'000 fr. jusqu'au 31 janvier 2012 et de 1'107 fr. 90 dès le 1^{er} février 2012. Le total des frais indispensables pour les enfants s'élève en conséquence à 4'418 fr. 10 jusqu'au 31 janvier 2012 et à 4'526 fr. dès le 1^{er} février 2012.

En revanche, il n'y a pas lieu de faire primer les frais de cours de Taekwondo sur l'entretien de l'appelante, ni de prendre en compte les frais de repas à l'extérieur de l'aîné, ceux-ci ne pouvant être considérés comme vraisemblables dès lors qu'ils n'ont pas été invoqués en première instance.

Ainsi, le disponible de l'intimé s'élève à 449 fr. 90 (8'821 - 3'953 - 4'418.10) pour la période courant jusqu'au mois 31 janvier 2012 et à 342 fr. (8'821 - 3'953 - 4'526) pour la période postérieure.

La contribution due par l'intimé pour l'entretien de l'appelante doit en conséquence être fixée à 450 fr. par mois jusqu'au 31 janvier 2012 et à 340 fr. par mois dès le 1^{er} février 2012.

L'appel doit en conséquence être partiellement admis sur ce point.

4. Vu l'admission partielle de l'appel, il convient de réduire les dépens de première instance alloués à l'intimé à 500 fr., celui-ci devant

encore être considéré comme la partie ayant eu gain de cause (art. 106 al. 2 CPC).

5. En conclusion, l'appel doit être admis partiellement et l'ordonnance réformée en ce sens que l'intimé doit verser à l'appelante une contribution d'entretien de 450 fr. par mois du 1^{er} août au 31 janvier 2012 et de 340 fr. par mois dès le 1^{er} février 2012, l'appelante devant verser à l'intimé des dépens de première instance, par 500 francs.

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, vu l'issue de l'appel et l'octroi de l'assistance judiciaire à l'appelante, mis à la charge de l'Etat, par 300 fr. (art. 112 al. 2 let. b CPC) et à la charge de l'intimé, par 300 fr., les dépens étant compensés pour le surplus (art. 106 al. 2 CPC).

6. Le conseil d'office de l'appelante a déposé une liste de ses opérations pour la procédure d'appel, dont il ressort qu'elle a consacré 12,65 heures au mandat et supporté 27 fr. 50 de débours. Au vu des opérations effectuées, il y a lieu de retenir que 10 h 30 ont été nécessaires à l'accomplissement au mandat. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]), l'indemnité de conseil d'office de Me Djurdjevac Heinzer doit être fixée à 1'890 fr., plus 151 fr. 20 de TVA à 8 %, et des débours, par 27 fr. 50, soit une indemnité totale de 2'068 fr. 70.

Le dispositif du présent arrêt se réfère à tort à son chiffre VI au Code de procédure pénale suisse (CPP) au lieu du CPC. Il s'agit d'une erreur manifeste, qui peut être corrigée d'office (art. 334 al. 1 CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est admis partiellement.
- II. L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres I et IV de son dispositif, un chiffre I bis étant introduit :

I.- **admet partiellement** la requête de mesures provisionnelles d'A.A._____, du 29 juillet 2011.

I bis **dit** que B.A._____ contribuera à l'entretien d'A.A._____, par le versement d'une pension mensuelle payable au début de chaque mois de 450 fr. (quatre cent cinquante francs) du 1^{er} août 2011 au 31 janvier 2012 et de 340 fr. (trois cent quarante francs) dès lors.

IV.- **dit** que la requérante A.A._____, doit verser à l'intimé B.A._____ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont laissés à la charge de l'Etat, par 300 fr. (trois cents francs) et mis à la charge de l'intimé B.A._____, par 300 fr. (trois cents francs).
- IV. Les dépens de deuxième instance sont compensés pour le surplus.

V. L'indemnité d'office de Me Natasa Djurdjevac Heinzer, conseil de l'appelante, est fixée à 2'068 fr. 70 (deux mille soixante-huit francs et septante centimes), TVA et débours compris.

VI. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du 24 février 2012

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 Natasa Djurdjevac Heinzer (pour A.A. _____),
- Me Franck Amman (pour B.A. _____).

La juge déléguée 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 d'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :