

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 25 août 2017

Composition : Mme BENDANI, juge déléguée
Greffière : Mme Pitteloud

Art. 176 al. 1 ch. 1, 285 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **S.**_____, à [...], intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 26 juin 2017 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **M.**_____, à [...], requérante, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : le Président) a notamment rappelé les termes de la convention passée entre les époux M._____ et S._____ à l'audience du 20 janvier 2017, immédiatement ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale (I), a astreint S._____ à contribuer à l'entretien de son fils Y._____, né le [...] 2011, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'175 fr., allocations familiales éventuelles en plus, payable d'avance le premier de chaque mois à M._____, dès le 1^{er} février 2017 (II) et a dit que le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de l'enfant Y._____ était de 3'450 fr. par mois (III).

En droit le premier juge a considéré que S._____ devait être établi sur la base des montants perçus dans son ancien club de football, sans égard au défraiement pour ses frais transports. Il a constaté que ' S._____ avait changé de club sportif le 31 décembre 2016 pour se rapprocher de son domicile, mais ne produisait pas de pièce relative à ces nouveaux revenus. Ainsi, le magistrat a retenu qS._____ n'aurait pas changé de club sportif si celui-ci ne lui avait pas offert des conditions salariales similaires.

Le premier juge a, conformément aux nouvelles dispositions relatives à l'entretien de l'enfant, fixé l'entretien convenable de l'enfant Y._____ en prenant en compte le découvert résultant de sa prise en charge par M._____ (art. 285 al. 2 CC). Cela étant, il a retenu que pour garantir l'entretien convenable d'Y._____, un montant de 2'963 fr. 95 devait être ajouté à ses coûts directs, arrêtés à 490 fr. 95, à titre de contribution de prise en charge.

Il a constaté que le disponible de S._____ ne permettait pas de couvrir l'entretien convenable d'Y._____ et a arrêté la contribution d'entretien à 1'175 fr. par mois.

B. Par acte du 5 juillet 2017, S._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant à sa réforme en ce sens qu'il soit astreint à contribuer l'entretien de son fils par le régulier versement d'une pension mensuelle de 217 fr. 70, allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois à M._____, dès le 1^{er} février 2017 (II) et que le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable d'Y._____ soit arrêté à 490 fr. 95 par mois. Subsidiairement, il a conclu à ce qu'il soit astreint à contribuer à l'entretien de son fils par le régulier versement d'une pension mensuelle de 490 fr. 95, allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois à M._____, dès 1^{er} février 2017. Il a produit quatre pièces, dont deux pièces de forme.

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

1. Les époux M._____ et S._____ se sont mariés le [...] 2011 au [...].

De cette union est issu un enfant, Y._____, né le [...] 2011.

2. Le 24 décembre 2016, S._____ a été expulsé du domicile conjugal par les forces de l'ordre.

3. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures superprovisionnelles du 4 janvier 2017, M._____ a notamment pris les conclusions suivantes :

«II. Pour le mois de janvier 2017, M. S._____ est condamné à payer, en mains de Mme M._____, pour l'entretien des siens, un

montant de 728 fr. (sept cent vingt-huit francs), allocations familiales non comprises.

III. Dès le 1^{er} février 2017, M. S._____ est condamné à payer pour l'entretien des siens, d'avance, le 1^{er} de chaque mois, en mains de Mme M._____, un montant de 2'310 fr. (deux mille trois cent dix francs), allocations familiales non comprises ».

4. Une audience de validation de l'expulsion s'est tenue le 10 janvier 2017. A cette occasion, la convention suivante a été signée et ratifiée par la Présidente pour valoir ordonnance de mesures superprovisionnelles :

« I. Les parties conviennent de vivre séparées pour une durée indéterminée.

II. La jouissance du domicile conjugal, sis [...] à 1350 Orbe, est attribuée à M._____, qui en paiera le loyer et les charges.

III. La garde de l'enfant Y._____, né le [...] 2011, est confiée à M._____.

IV. S._____ exercera un droit de visite sur son fils, transports à sa charge, chaque dimanche, de 9 h 00 à 18 h 00 ».

Une convention aux termes similaires a été ratifiée par le Président pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale lors de l'audience du 20 janvier 2017. Au surplus, S._____ a formellement conclu au rejet de la conclusion III de la requête du 4 janvier 2017 et, reconventionnellement, à ce qu'une contribution d'entretien n'excédant pas 450 fr. soit versée.

5. Les coûts directs de l'enfant des parties s'établissent comme suit :

base mensuelle	400 fr.
participation au loyer	237 fr. 30
assurance-maladie de base	103 fr. 65
besoins de l'enfant	740 fr. 95
- allocations familiales	- 250 fr.
Total coûts directs	<u>490 fr. 95</u>

6. a) S._____ travaille à plein temps auprès de [...] et perçoit un revenu d'environ 3'696 fr. par mois, part au treizième salaire comprise. Il joue par ailleurs au football à titre professionnel et perçoit, à ce titre, un revenu annuel de 11'500 fr., soit un revenu mensuel moyen de 958 fr. 35. Souhaitant se rapprocher de son lieu de vie, S._____ joue désormais auprès du FC [...]. Pour les déplacements liés à son activité au sein de son ancien club, le FC [...], S._____ a été indemnisé à hauteur de 13'890 fr. en 2016. Compte tenu de son changement de club de football, l'indemnité pour les déplacements ne doit pas être prise en compte dans le calcul du revenu. La moyenne mensuelle des revenus de S._____ est ainsi de 4'654 fr.35 (3'696 fr. + 958 fr. 35).

b) Les charges incompressibles de S._____ s'établissent comme il suit :

base mensuelle	1'200 fr.
frais d'exercice du droit de visite	100 fr.
loyer estimé	1'500 fr.
assurance-maladie de base	238 fr.
frais de transport	245 fr.
frais de repas	195 fr. 30
Total	<u>3'478 fr. 30</u>

S._____ dispose ainsi d'un solde de 1'176 fr. 05 après couverture de son minimum vital (4'654 fr. 35 - 3'478 fr. 30).

7. a) M._____ est à la recherche d'un emploi. N'ayant jamais terminé la formation de maquilleuse qu'elle avait entamée, elle est actuellement mère au foyer. Elle ne bénéficie d'aucune indemnité du fait qu'elle n'a jamais travaillé et perçoit ainsi pour seul revenu des prestations complémentaires pour famille d'un montant de 979 francs.

b) Le minimum vital de M. _____ peut être arrêté comme il suit :

base mensuelle	1'350 fr.
part des frais de logement	1'344 fr. 70
(loyer de 1'582 fr. - part d'Y. _____ de 237 fr. 30)	
assurance-maladie obligatoire	245 fr. 55
Total	<u>2'693 fr. 95</u>

Ne disposant d'aucun revenu, M. _____ accuse ainsi un manco de 2'963 fr. 95.

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 [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), 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 du 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 a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

1.2 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. Elle peut revoir librement 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

1.3 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, 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. Il appartient à la partie qui s'en prévaut de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte qu'elle doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon elle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

En l'occurrence, l'appelant a produit deux pièces nouvelles, soit un extrait du site internet de l'équipe du FC [...] et un communiqué de presse du FC [...] daté du 12 avril 2017. Il n'allègue ni ne démontre d'aucune manière qu'il n'aurait pas pu les produire devant le premier juge. Partant, ces pièces sont irrecevables.

2.

2.1 L'appelant conteste le montant de la contribution due pour l'entretien de son enfant. Il indique que le premier juge a sans doute commis une erreur de plume puisqu'avec le montant fixé, les parties n'auraient plus que 246 fr. pour vivre, résultat qu'il qualifie d'illogique.

2.1.1 Les nouvelles dispositions sur l'entretien de l'enfant sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2017 (RO 2015 4304). L'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, prévoyait qu'à la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune était fondée, le juge fixait la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Les nouvelles dispositions sur l'entretien de l'enfant ont impliqué une modification de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, qui dispose désormais qu'à la requête d'un époux et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge fixe les contributions d'entretien à verser respectivement aux enfants et à l'époux. Si le changement terminologique n'est que peu important, les conséquences pratiques le sont, puisque le juge a désormais l'obligation de distinguer la contribution d'entretien due à l'enfant de celle due à l'époux, étant précisé que le nouvel art. 276a al. 1 CC institue expressément une hiérarchie des contributions d'entretien, celles dues aux enfants mineurs primant les autres obligations du droit de la famille.

2.1.2 La contribution d'entretien en faveur de l'enfant doit être arrêtée conformément aux principes dégagés de l'art. 285 CC. La teneur de l'alinéa 1 de cette disposition, soit les critères permettant de déterminer l'étendue de la contribution d'entretien, correspond pour l'essentiel au droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, étant précisé que la garde ne sert plus de critère de répartition des prestations d'entretien entre les parents. La contribution d'entretien sera calculée en fonction de toutes les prestations fournies par chaque parent, qu'il ait ou non la garde. Les critères à prendre en compte pour calculer la contribution d'entretien s'appuient toujours sur les besoins de l'enfant et sur la situation et les ressources de ses père et mère. Les éventuels revenus et autres ressources dont l'enfant dispose sont également pris en considération dans le calcul (cf. art. 276 al. 3 CC). Il n'y a pas de méthode spécifique pour le calcul, ni de priorisation des critères (Message concernant la révision du code civil suisse du 29 novembre 2013, FF 2014 p. 556).

La nouveauté essentielle réside dans la modification de l'art. 285 al. 2 CC, qui prévoit désormais que la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. Aux coûts directs générés par l'enfant, toujours pris en compte lors de la détermination des frais nécessaires à son entretien, viennent donc désormais s'ajouter les coûts indirects de sa prise en charge. En effet, la prise en charge de l'enfant ne se traduit pas seulement par des prestations en nature ; elle comprend aussi les dépenses que ces prestations induisent (Message, p. 533). La prise en charge de l'enfant implique de garantir, économiquement parlant, que le parent qui l'assure puisse subvenir à ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant. Cela signifie que la contribution de prise en charge doit inclure en principe les frais de subsistance dudit parent (Message, p. 535). Le calcul de ces frais pourra s'effectuer sur la base du minimum vital du droit des poursuites (Message, p. 557).

2.1.3 Si le législateur a renoncé à codifier une méthode de calcul de la contribution d'entretien, plus particulièrement de la contribution de prise en charge, la doctrine estime que la pratique d'une méthode abstraite telle que celle des pourcentages, usuellement utilisée par les tribunaux vaudois, devrait être abandonnée, celle-ci ne comprenant pas de contribution de prise en charge et ne tenant pas compte des besoins concrets des enfants (Stoudmann, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique : ce qui change et ce qui reste, in RMA 6/2016, p. 427 ss, spéc. p. 434 ; Spycher, Kindesunterhalt Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, in FamPra.ch 1/2016, p. 1 ss, spéc. p. 8 ; Bähler, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, in FamPra.ch 1/2015, p. 271ss, spéc. p. 321 ; Rüetschi/Spycher, Revisionsbestrebungen im Unterhaltsrecht : aktueller Stand und Ausblick, in Schwenzer/Büchler/Frankhauser [éd.], Siebte Schweizer Familienrechtstage, 2014, p. 115 ss, p. 167).

La doctrine s'accorde en revanche à dire que la méthode du minimum vital avec participation à l'excédent pourrait se révéler adéquate

pour le calcul des contributions d'entretien en faveur des enfants et du conjoint, notamment lorsque la situation financière n'est pas aisée. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (TF 5A_46/2009 du 22 mai 2009 consid. 4 ; ATF 114 II 26), à moins que l'un des époux doive subvenir aux besoins d'enfants mineurs communs (ATF 126 III 8 consid. 3c et les arrêts cités, JdT 2000 I 29). Lorsque les ressources disponibles ne suffisent pas à satisfaire les deux minima vitaux, il convient de préserver le minimum d'existence du débiteur d'entretien (ATF 133 III 57 consid. 3 ; ATF 123 III 1 consid. 3b, JdT 1998 I 39).

Dans le cadre du nouveau droit, la doctrine préconise de procéder d'abord au calcul des coûts directs de l'enfant, puis de déterminer le minimum vital du parent gardien. Si ce parent accuse un déficit, celui-ci devra être réparti entre les enfants et constituera la contribution de prise en charge (Guillod, La détermination de l'entretien de l'enfant, in Bohnet/Dupont [éd.], Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016, n. 46 ss et les réf. citées ; Stoudmann, op. cit., p. 443 ss ; Hausheer/Spycher, op. cit., p. 163 ss ; Bähler, op. cit., p. 322 ss). L'addition des coûts directs de l'enfant – éventuellement pondérés en fonction de la prise en charge effective de chaque parent – et de la contribution de prise en charge constituera le montant dû au titre de contribution d'entretien pour l'enfant. Au final, si après paiement de la contribution d'entretien due pour les enfants mineurs, un disponible subsiste, celui-ci devra être réparti entre les conjoints (Stoudmann, loc. cit.).

2.1.4 Lorsque le crédientier renonce volontairement à une activité lucrative, alors qu'il travaillait déjà avant la séparation, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la renonciation (TF 5A_848/2010 du 4 avril 2011 consid. 2, publié in FamPra.ch 2011, p. 717). Il n'est de même pas

arbitraire de retenir un revenu hypothétique équivalent au précédent salaire réalisé, lorsque l'époux concerné a unilatéralement résilié son contrat de travail (TF 5A_76/2012 du 4 juin 2012). De manière plus absolue, la jurisprudence récente retient que, lorsque le débiteur diminue son revenu dans l'intention de nuire, une modification de la contribution d'entretien est exclue, même s'il ne peut être revenu en arrière sur cette diminution de revenu (TF 5A_297/2016 du 2 mai 2017 consid. 3.4, destiné à la publication). On admettra une telle volonté de nuire lorsque le débiteur donne son congé sans que l'employeur ne lui ait donné un motif de le faire (TF 5A_297/2016 du 2 mai 2017 consid. 4.4.2, destiné à la publication).

2.2 L'appelant conteste le salaire retenu pour son activité accessoire de footballeur. Il explique que les primes de match sont variables, qu'il fait désormais partie d'un club au passé nettement moins prestigieux et qu'il n'a 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 fonde sur des faits nouveaux et par conséquent irrecevables. En réalité, il résulte des faits retenus et non contestés que l'appelant a 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, on doit retenir que les conditions financières sont semblables, soit qu'il perçoit un revenu annuel de 11'500 fr., d'autant plus qu'il est inconcevable que l'appelant ait changé de club de son plein gré si le FC [...] 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 précitée, lui imputer le même revenu qu'il réalisait auparavant.

Partant, le grief doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

2.3 L'appelant soutient que les coûts de l'entretien de l'enfant ne s'élèvent pas à 3'450 fr., mais à 490 fr. 95, le solde concernant l'entretien de la mère.

En application du nouveau droit et conformément à la jurisprudence précitée, c'est à juste titre que le premier juge a tenu compte du découvert de l'intimée en tant que contribution de prise en charge de l'enfant. Le grief doit par conséquent être écarté.

2.4 Pour le surplus, l'autorité de céans fait sien dans son entier le raisonnement du premier juge, clair complet et convaincant, lequel a retenu que les coûts directs de l'enfant du couple s'élevaient à 490 fr. 95, soit 400 fr. pour son minimum vital, établi sur la base des Lignes directrices de la Conférence des préposés aux offices des poursuites et faillite de Suisse, 237 fr. 30 pour la part au logement, correspondant au 15% du loyer de l'intimée (cf. CACI 23 décembre 2016/713 consid. 7c) et 103 fr. 65 pour la prime d'assurance-maladie de base. Le premier juge a ensuite déduit un montant de 250 fr. à titre d'allocations familiales perçues pour l'enfant, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. TF 5A_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 4.4.1).

Le minimum vital de l'intimée a été arrêté à 2'963 fr. 95, soit 1'350 fr. à titre de minimum vital du droit des poursuites, 1'344 fr. 70 de frais de logement (sous déduction de la part due par l'enfant) et 269 fr. 25 pour la prime d'assurance-maladie de base. Ainsi, et compte tenu du fait qu'elle ne dispose d'aucun revenu, l'intimée accuse un manco de 2'963 fr. 95. Conformément aux principes rappelés ci-avant (cf. *supra* 2.1.3), il convient d'ajouter ce montant aux coûts directs de l'enfant à titre de contribution de prise en charge. Ainsi, la contribution permettant d'assurer l'entretien convenable d'Y. _____ devrait s'élever à 3'454 fr. 90 (490 fr.95 + 2'963 fr. 65).

Le premier juge a ensuite analysé si cette contribution portait atteinte au minimum vital de l'appelant, lequel a été arrêté à 3'478 fr. 30, soit 1'200 fr. à titre de minimum vital du droit des poursuites, 100 fr. pour

les frais d'exercice du droit de visite, 1'500 fr pour le loyer estimé, 238 fr. pour la prime d'assurance-maladie de base, 245 fr pour les frais de transport et 195 fr. 30 pour les frais de repas. Ainsi, le premier juge a constaté que l'appelant disposait d'un solde de 1'176 fr. 05 par mois après couverture de son minimum vital (3'696 fr + 958 fr. 35 - 3'478 fr. 30). Dès lors que ce solde n'est pas en mesure de couvrir l'entretien convenable de l'enfant Y._____, le premier juge a arrêté la contribution d'entretien à 1'175 fr. par mois, correspondant au solde disponible de l'appelant.

3. Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

La requête d'assistance judiciaire déposée par S._____ doit être rejetée, dès lors que son appel était dépourvu de toute chance de succès (art. 117 let. b CPC).

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]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel, il n'y a pas matière à l'allocation de dépens.

Par ces motifs,
la juge déléguée
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. La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

IV. Les frais judiciaire de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant S. _____.

V. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

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

- Me Oguey (pour S. _____),
- Me Fischer (pour M. _____),

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

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

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), 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).

La greffière :