

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 26 août 2011

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffière : Mme Tchamkerten

Art. 134 al. 2, 286 al. 2 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **H.**_____, à Renens, requérant, contre l'ordonnance rendue le 25 juillet 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **K.**_____, à Lausanne, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 25 juillet 2011, expédiée pour notification le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a dit que la garde de l'enfant P._____ est attribuée à son père H._____, dès et y compris le 1^{er} avril 2011 (I); dit que K._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille P._____, à fixer d'entente avec le père de cette dernière, usuel à défaut d'entente - soit un week-end sur deux, la moitié des vacances scolaires, et alternativement à Noël ou Nouvel An, Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral -, à charge pour H._____ d'amener P._____ chez sa mère et à celle-ci de ramener l'enfant chez son père (II); dit que H._____ bénéficiera d'un libre et large sur sa fille V._____, à fixer d'entente avec la mère de cette dernière, usuel à défaut d'entente, à charge pour K._____ d'amener V._____ chez son père et à celui-ci de ramener l'enfant chez sa mère (III); dit que les droits de visite fixés sous chiffres II et III seront mutuellement exercés de sorte que, lors des week-ends, des vacances scolaires et des différentes fêtes annuelles, les deux sœurs, P._____ et V._____, soient ensemble alternativement chez leur père et chez leur mère (IV); dit que les frais de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr., sont laissés à la charge de l'Etat pour 200 fr. pour le requérant, qui est au bénéfice de l'assistance judiciaire, et mis à la charge de l'intimée pour 200 fr. (V); dit que le requérant, au bénéfice de l'assistance judiciaire, est, dans la mesure de l'art. 123 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), tenu au remboursement des frais de la procédure provisionnelle mis à la charge de l'Etat (VI); renvoyé la décision sur les dépens de la procédure provisionnelle à la décision finale (VII); rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, le premier juge a attribué au père la garde de l'enfant P._____, à compter du 1^{er} avril 2011 - la requête de mesures provisionnelles ayant été déposée le 21 mars 2011 -, considérant que celui-ci n'avait pas rendu vraisemblable qu'il avait la garde de fait de sa fille depuis le 1^{er} septembre 2010. Pour cette même raison, il a rejeté les

prétentions de H._____ portant sur le remboursement, par l'intimée, des contributions d'entretien versées par le prénommé du 1^{er} septembre 2010 à fin février 2011 pour l'entretien de ses filles, ainsi que des allocations familiales pour P._____. S'agissant des modalités du droit de visite, le premier juge a considéré plus équitable que le parent gardien amène l'enfant au parent bénéficiaire du droit de visite, à charge pour ce dernier de ramener l'enfant à son domicile.

B. Par acte motivé du 8 août 2011, H._____ a fait appel de cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il incombe au parent bénéficiaire du droit de visite d'aller chercher l'enfant là où elle se trouve et de l'y ramener, que K._____ soit reconnue sa débitrice d'un montant de 6'000 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 12 novembre 2010, ainsi que de la somme de 1'200 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} septembre 2010. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance, la cause étant renvoyée en première instance pour nouvelle décision. A l'appui de son appel, il a produit un bordereau de pièces. Il a enfin requis que l'assistance judiciaire lui soit accordée.

Par lettre du 24 août 2011, le juge de céans a dispensé l'appelant de l'avance de frais, réservant la décision définitive sur l'assistance judiciaire.

L'intimée K._____ n'a pas été invitée à se déterminer.

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

1. H._____, né le [...] 1970 à Melon (Orense, Espagne), de nationalité espagnole, et K._____, née le [...] 1971 à Lausanne, de nationalité italienne, se sont mariés le [...] 1993 devant l'Officier de l'Etat civil de Prilly (VD).

Deux enfants, V. _____ et P. _____, nées le [...] 1996, sont issues de cette union.

H. _____ est le père d'une autre enfant issue d'une précédente union. De son côté, K. _____ a donné naissance à une fille le [...] 2011, issue de sa nouvelle relation.

2. Les parties sont divorcées selon jugement rendu le 15 décembre 2003 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Ce jugement ratifie une convention sur les effets accessoires du divorce. Selon le chiffre 1 de cette convention, la garde des enfants P. _____ et V. _____ est attribuée à l'intimée. Le chiffre 3 prévoit que le requérant doit contribuer à l'entretien de chacune de ses filles par le régulier versement d'une pension mensuelle de 700 fr. jusqu'à ce qu'elles aient atteint l'âge de quatorze ans et de 750 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou la fin de la formation professionnelle, dites pensions étant payables d'avance, le premier de chaque mois, en mains de la mère, allocations familiales non comprises.

H. _____ a ouvert action en modification de jugement de divorce par demande déposée le 21 mars 2011, complétée par une seconde demande déposée le 20 juin de la même année. Il a notamment conclu à l'attribution de la garde de l'enfant P. _____ en sa faveur, la mère jouissant d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente avec le père, à ce que chaque parent garde ses frais pour l'enfant qu'il a sous sa garde, aucune contribution d'entretien n'étant due de part et d'autre dès le 1^{er} septembre 2010, et au remboursement, par K. _____, de diverses sommes d'argent au titre de contributions d'entretien et d'allocations familiales dont il estime qu'elles ont été perçues indûment par cette dernière du 1^{er} septembre 2010 au 1^{er} mai 2011.

Le 21 mars 2011, H. _____ a également déposé une requête de mesures provisionnelles. Il a pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens:

" **I.** Dit que la garde de P._____ est attribuée à H._____.

II. K._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur P._____, à fixer d'entente avec le père de cette dernière. A défaut d'entente, son droit de visite s'exercera comme suit:

- Un week-end sur deux, du vendredi soir 18h00 au dimanche soir 18h00;

- La moitié des vacances scolaires, moyennant un préavis donné deux mois à l'avance;

- Alternativement à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral;

- A charge pour elle d'aller chercher sa fille P._____ là où elle se trouve et de l'y ramener.

III. H._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur V._____, à fixer d'entente avec la mère de cette dernière. A défaut d'entente, son droit de visite s'exercera comme suit:

- Un week-end sur deux, du vendredi soir 18h00 au dimanche soir 18h00;

- La moitié des vacances scolaires, moyennant un préavis donné deux mois à l'avance;

- Alternativement à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral;

A charge pour lui d'aller chercher sa fille V._____ où elle se trouve et de l'y ramener.

IV. Les droits de visite sont mutuellement exercés de sorte que lors des week-ends, des vacances scolaires et des différentes fêtes annuelles, les deux soeurs, P._____ et V._____, soient ensemble alternativement chez leur père et chez leur mère.

V. Chaque parent garde ses frais pour l'enfant qu'il a sous sa garde. A ce titre aucune contribution d'entretien n'est due pour la garde de P._____ et de V._____ depuis le 1^{er} septembre 2011 [recte: 2010].

L'allocation familiale pour P._____ de CHF 200.00 est payable d'avance le premier de chaque mois en mains de H._____.

VI. Dit que K._____ [sic] est reconnue débitrice de H._____ [sic] de la somme de CHF 6'000.00, majorée d'un intérêt de 5% dès le 12 novembre 2010 (échéance moyenne) correspondant aux contributions d'entretien indûment perçues depuis le 1^{er} septembre 2010.

VII. Dit que K._____ [sic] est reconnue débitrice de H._____ [sic] de la somme de CHF 1'200.00, majorée d'un intérêt de 5% dès le 1^{er} septembre correspondant aux allocations familiales indûment perçues depuis le 1^{er} septembre 2010. "

Par procédé écrit déposé le 20 mai 2011, K._____ a adhéré à la conclusion IV de la requête de mesures provisionnelles et conclu au rejet des autres conclusions du requérant. Reconventionnellement, elle a pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens:

" I.- La garde de P._____ est attribuée à H._____ dès le 1^{er} avril 2011.

II.- K._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur P._____, à fixer d'entente avec le père de cette dernière. A défaut d'entente, son droit de visite s'exercera comme suit:

- Un week-end sur deux, du vendredi soir 18h00 au dimanche soir 18h00;

- La moitié des vacances scolaires, moyennant préavis donné deux mois à l'avance;

- Alternativement à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral;

A charge pour lui d'amener sa fille P._____ chez sa mère et à celle-ci de la ramener chez son père.

III.- H._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur P._____ [recte : V._____] à fixer d'entente avec le père de cette dernière. A défaut d'entente, son droit de visite s'exercera comme suit:

- Un week-end sur deux, du vendredi soir 18h00 au dimanche soir 18h00;
- La moitié des vacances scolaires, moyennant préavis donné deux mois à l'avance;
- Alternativement à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral;

A charge pour elle d'amener sa fille V._____ chez son père et à ce dernier de la ramener chez sa mère.

IV.- K._____ contribuera à l'entretien de sa fille P._____ par le régulier versement, le 1^{er} de chaque mois, dès le 1^{er} avril 2011, en mains de H._____, d'une pension alimentaire de Fr. 500.-, plus allocations familiales.

V.- H._____ contribuera à l'entretien de sa fille V._____ par le régulier versement, le 1^{er} de chaque mois, dès le 1^{er} avril 2011, en mains de K._____, d'une pension alimentaire de Fr. 1'100.- plus allocations familiales."

Une audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 23 mai 2011, au cours de laquelle H._____ a requis qu'il soit statué sur le transfert de la garde de l'enfant P._____ à compter du 1^{er} septembre 2010. Quant à l'intimée, elle a réduit sa conclusion IV à un montant de 400 francs.

En droit :

1. a) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure 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 (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), 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 vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

b) Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt, le présent appel est formellement 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, in JT 2010 III 115, p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibid., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (ibid., p. 136; JT 2011 III 43).

L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel ne peut qu'à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (Tappy, op. cit., in JT 2010 III 115, p. 148).

b) 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., in JT 2010 III 115, p. 138). 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 (ibid., pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable 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*, Berne 2009, p. 197; Spühler, in Spühler/Tenchio/Infanger (éd.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010, n. 7 ad. art. 317 CPC, p. 1498; Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich/Bâle/Genève 2010, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC, pp. 2032 - 2033). 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, op. cit., in JT 2010 III 115; Hohl, *Procédure civile*, Tome II: Organisation, compétence et procédure, 2e éd., Berne 2010, n. 2410 p. 437). 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 (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime

d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., in JT 2010 III 115, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415, p. 438; JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelant a joint à son appel un bordereau comportant, outre la décision attaquée (P. 7), six pièces, dont certaines (P. 1 à 3) avaient déjà été produites en première instance. La recevabilité des autres pièces produites par l'appelant (P. 4 à 6) est douteuse dès lors que celles-ci, datées de 2010, auraient pu l'être en première instance, au plus tard lors de l'audience de mesures provisionnelles du 23 mai 2011, et que l'appelant ne se plaint pas d'une violation, par le premier juge, de la maxime inquisitoire s'agissant de la situation de ses enfants mineurs. Quoiqu'il en soit, ces pièces ne sont pas de nature à remettre en cause le bien-fondé de la décision du premier juge (cf. infra c. 4).

3. L'appelant conteste la décision du premier juge selon laquelle le gardien de l'enfant amène l'enfant chez le parent bénéficiaire du droit de visite, à charge pour ce dernier de ramener l'enfant à son domicile. Il soutient qu'il incombe au bénéficiaire du droit de visite d'aller chercher l'enfant et de le ramener chez lui ou au lieu où il se trouve.

L'appelant habite à Renens, et l'intimée à Lausanne. Les deux logements sont reliés par un dense réseau de transports publics que chacune des enfants, âgée de quinze ans, peut et doit normalement emprunter seule, à moins d'être affectée d'un handicap physique ou psychique. Or, l'appelant n'allègue pas d'empêchement à cet égard. En tant qu'elle prévoit un accompagnement des enfants pour se rendre chez l'autre parent en vue de l'exercice du droit de visite, l'ordonnance entreprise règle une question qui ne se posait pas et se révèle sans portée pratique. Si rien n'empêche les parents de considérer qu'il leur appartient d'accompagner une adolescente de quinze ans durant un trajet urbain, cela relève de la convenance personnelle. Des dispositions à ce sujet n'ont

pas à être prises par le juge du divorce. Les conclusions de l'appelant tendant à modifier des modalités superflues doivent donc être rejetées.

4. a) L'appelant entend obtenir la restitution de contributions d'entretien et d'allocations familiales, dont il soutient qu'elles ont été versées à tort à l'intimée, à compter du mois de septembre 2010. Le premier juge a rejeté ces conclusions, considérant que l'appelant n'avait pas rendu vraisemblable qu'il avait la garde de fait de P. _____ depuis le 1^{er} septembre 2010, dès lors que la situation relative au transfert de garde était floue, les versions de deux parents divergeant à ce sujet.

b) Les conclusions de l'appelant tendent en réalité à la modification rétroactive du régime des contributions d'entretien avant l'ouverture de son action en modification du jugement de divorce. Une telle action peut être intentée en vertu de l'art. 134 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), dont l'alinéa 2 renvoie, pour ce qui est de la modification de la contribution d'entretien, aux dispositions relatives aux effets de la filiation. Selon l'art. 286 al. 2 CC, si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien. Le juge de l'action en modification d'un jugement de divorce peut fixer le moment à partir duquel son jugement prend effet selon son appréciation et en tenant compte des circonstances du cas concret. En principe, la jurisprudence retient, au plus tôt, la date du dépôt de la demande (TF 5A_217/2009 du 30 octobre 2009, c. 3.3, résumé in RMA 2010, p. 130, et les références). Une modification ne peut ainsi profiter au débirentier qu'à compter de l'ouverture d'action et non pas, comme pour l'action en paiement de l'entretien selon l'art. 279 CC, une année auparavant (ATF 128 III 305, c. 6a).

c) En l'espèce, l'appelant a ouvert action en modification du jugement de divorce par demande du 21 mars 2011. Il n'est dès lors pas fondé à réclamer une modification du régime des contributions et des allocations familiales à compter du 1^{er} septembre 2010. Dépourvu d'une telle prétention au fond, il ne peut pas non plus la faire valoir en mesures provisionnelles.

Ce moyen doit par conséquent être rejeté.

5. On constate que le premier juge a omis d'exprimer dans le dispositif de l'ordonnance attaquée ce qu'il avait prévu dans les motifs de celle-ci, à savoir que l'appelant devrait contribuer à l'entretien de sa fille V._____ par le versement d'une pension mensuelle de 715 fr. à compter du 1^{er} avril 2011 et que l'intimée devrait contribuer à l'entretien de sa fille P._____ par le versement d'une pension mensuelle de 385 fr. à compter de la même date (c. 3d). Ce dispositif apparaît ainsi incomplet et, si les parties ne tombaient pas d'accord pour appliquer le régime des pensions prévu par le premier juge dans ses considérants, chacune d'elles devrait pouvoir le saisir d'une demande d'interprétation (art. 334 CPC).

6. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance confirmée.

L'appel étant dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant qui succombe.

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'est 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.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant H._____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 30 août 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit
aux intéressés.

La greffière :

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 Christine Raptis (pour H. _____),
- Me Nathalie Fluri (pour K. _____).

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 civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :