

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 mars 2011

Présidence de M. Sauterel, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 133 al. 1 CC; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M.**_____, à Ecublens, intimée, et sur l'appel joint interjeté par **T.**_____, à Chavannes-près-Renens, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17 janvier 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les parties, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles, envoyée aux parties le 17 janvier 2011, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a dit que le requérant T._____ contribuera à l'entretien de sa famille par le versement d'une pension mensuelle de 2'900 fr., allocations familiales en sus, payable par mois d'avance, en mains de l'intimée M._____ dès et y compris le 1^{er} janvier 2011 (I); rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (II); dit que les frais et dépens suivront le sort de la cause au fond (III).

Le premier juge a retenu que T._____ réalisait un salaire mensuel net de 5'269 fr. et que son minimum vital était de 2'185 fr. Il a estimé que les revenus de M._____ étaient de 1'363 fr. et que ses charges incompressibles totalisaient 4'135 fr., laissant ainsi apparaître un déficit de 2'372 fr. par mois. Considérant qu'il convenait de répartir par moitié entre les parties le solde disponible (1'071 fr. 10) après prélèvement des minima vitaux des deux époux, il a ordonné que la contribution du requérant à l'entretien des siens soit réduite dès le 1^{er} janvier 2011 à 2'900 fr. par mois, allocations familiales non comprises.

B. Par acte du 28 janvier 2011, M._____ a fait appel de cette ordonnance qui lui a été notifiée au plus tôt le 18 janvier 2011, concluant à la modification des chiffres I et III de son dispositif en ce sens que le montant de la contribution d'entretien mensuelle est fixé, principalement, à 3'234 fr., subsidiairement, à 3'100 fr. et que des dépens fixés à dire de justice lui sont alloués.

Par réponse du 24 février 2011, T._____ a conclu au rejet de l'appel et, par voie d'appel joint, à la modification du chiffre I du dispositif de l'ordonnance en ce sens que le montant mensuel de la contribution d'entretien est fixé à 1'500 francs.

C. Le juge délégué de la Cour d'appel civile retient en substance les faits suivants sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. T._____, né le [...] 1962, et M._____ le [...] 1959, se sont mariés le [...] 1988 à [...] VD. Deux enfants sont issus de leur union : [...] et [...], nées le [...] 1995.

Les époux vivent séparés depuis le 15 février 2008, date à laquelle T._____ a quitté le domicile conjugal. Selon convention du 9 avril 2008, ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 mai 2008, ils se sont notamment autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée et accordés à confier la garde des enfants à leur mère, le père contribuant à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 3'100 fr., allocations familiales en sus. Dite pension a été prorogée selon prononcé du 30 octobre 2009.

2. Le 8 juillet 2010, les parties ont adressé au Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne une requête commune en divorce avec accord partiel. Selon chiffre II de la convention partielle sur les effets du divorce signée les 17 et 23 juin 2010, la garde et l'autorité parentale sur les enfants ont été confiées à leur mère.

Par requête de mesures provisionnelles du 28 octobre 2010, T._____ a conclu, avec dépens, à ce que dès le 1^{er} novembre 2010, sa contribution à l'entretien des siens soit fixée à 1'500 fr. par mois, allocations familiales non comprises.

3. Selon certificat de salaire pour l'année 2009, T._____ a réalisé un revenu net de 72'351 fr., soit un salaire mensuel net de 6'029 fr. 25. De janvier à novembre 2010, il a perçu un salaire net de 5'333 fr. 45 par mois, allocations familiales de 200 fr. par enfant non comprises. Part au treizième salaire (perçu en novembre) incluse, son salaire net mensualisé est de 5'994 fr. 57.

Jean-Marc Hadorn est locataire avec sa compagne [...] d'un appartement de 4,5 pièces au loyer mensuel de 1'940 fr., charges comprises. Sa prime d'assurance maladie est de 199 fr. 90 par mois. Le prix de son abonnement de bus est de 66 francs. Le minimum vital de l'appelant, compte tenu de la colocation précitée, est ainsi de 2'185 fr. 90.

Depuis juin 2010, l'appelante garde les enfants des époux [...] pour un salaire mensuel net de 1'315 fr. 30, versé douze fois l'an. Elle donne par ailleurs des cours de gymnastique qui lui rapportent un revenu de 48 fr. par mois. Son loyer est de 1'400 fr. par mois, sa participation aux primes d'assurance maladie pour elle-même et ses filles de 48 fr. par mois. Ses frais de transport se montent à 100 fr. par mois de sorte que ses charges incompressibles totalisent 4'135 francs.

En droit :

1. L'appel est recevable contre une ordonnance 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 est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126). 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).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel de M. _____ est recevable.

Selon le procès-verbal de l'audience de mesures provisionnelles du 22 décembre 2010, M._____ avait implicitement conclu à libération des fins de la requête de mesures provisionnelles formée par T._____ le 28 octobre 2010, c'est-à-dire au maintien de la contribution mensuelle de 3'100 fr., fixée par convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 octobre 2009. Dans son appel, elle a toutefois pris une conclusion principale en fixation du montant de cette contribution à 3'234 francs. Se pose dès lors la question de la recevabilité de cette conclusion en tant que son montant excède de 134 fr. celui de la conclusion de première instance. L'appelant ne peut prendre des conclusions autres ou plus amples que celles qu'il avait déjà prises en première instance, sous réserve des possibilités de modification strictement réglementées (art. 317 al. 2 CPC) (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135, 138 et 140; Rétornaz, L'appel et le recours, Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, édité par François Bohnet, Neuchâtel 2010, n° 168 p. 402). L'art. 317 al. 2 CPC dispose à cet égard que la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC (modification de la demande) sont remplies et que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux. En l'espèce, la conclusion augmentée dans son montant présente un lien de connexité manifeste (conclusions reposant sur le même rapport de droit et les mêmes faits) avec la conclusion libératoire de première instance et relève de la même procédure sommaire (Hohl, Procédure civile, tome II, Berne 2010, n° 2385). En revanche, la part nouvelle de la conclusion prise en appel ne repose pas sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux et il est en principe interdit au recourant s'il se fonde sur les seuls faits précédemment allégués de changer d'avis et de réclamer plus (Hohl, op. cit., n° 2390). Cependant, dans les procès soumis à la maxime d'office, notamment les questions concernant les enfants, dans le cas particulier la question de leur entretien (art. 133 al. 1 CC), les conclusions peuvent toujours être modifiées, l'autorité d'appel n'étant pas liée par les conclusions des parties (Hohl, op. cit., n° 2090, 2091, 2392 et 2393; Tappy, op. cit., p. 134 in fine). Il en résulte que la conclusion principale de l'appelante est intégralement recevable.

L'art. 314 al. 2 CPC énonce que l'appel joint est irrecevable en procédure sommaire. L'ordonnance de mesures provisionnelles dont est appel relevant de la procédure sommaire, comme indiqué ci-dessus, l'appel joint de T._____ n'est donc pas recevable (Tappy, op. cit, JT 2010 III 143. Rétornaz. op. cit., n° 184 p. 405).

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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

En l'espèce, l'état de fait sous lettre C ci-dessus a été établi sur la base de l'ordonnance attaquée et des preuves administrées, et nécessite les précisions suivantes :

2.1. L'appelante invoque une constatation inexacte des faits en soutenant que le revenu mensuel net de T._____ n'est pas de 5'629 fr. comme retenu dans l'ordonnance, mais de 5'994 fr. 57, calculé sur la base des pièces 151 et 152 produites par l'intimé.

Dans sa requête de mesures provisionnelles du 28 octobre 2010, T._____ a allégué, sous chiffres 9 et 10, réaliser en 2010 le revenu mensuel net, part au 13^{ème} salaire incluse, qu'il percevait déjà en 2009, soit 5'907 fr. 85, montant indiqué en page 7 de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 octobre 2009 (pièce 2 de son bordereau du 28 octobre 2010).

Selon certificat annuel de salaire (pièce 152), l'intimé a perçu en 2009 un salaire mensuel net moyen de 6'029 fr. 25 (72'351 fr. : 12). Selon la pièce 151, soit ses fiches de salaire pour la période de janvier à novembre 2010, il a réalisé un salaire mensuel net de 5'333 fr. 45, allocations familiales de 200 fr. par enfant non comprises. Part au 13^{ème} salaire (perçu en novembre) incluse, son revenu mensuel net a ainsi été de 5'994 fr. 57, comme le soutient l'appelante.

2.2. Les parties ne remettent pas en cause les postes et le montant du minimum vital de l'intimé arrêté à 2'185 fr. 90 par le juge des mesures provisionnelles. Il n'y a pas non plus lieu de corriger d'office cette addition qui a été correctement établie. Il en résulte qu'une fois les charges minimales couvertes, le revenu résiduel de l'intimé est de 3'808 fr. 67, ce qui laisse subsister un solde disponible de 1'436 fr. 67 après couverture du manco de l'appelante de 2'372 fr. 10.

3. En droit, le premier juge a réparti le disponible par moitié. Il s'est référé à cet égard à un arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 1988 (ATF 114 II 26, JT 1991 I 334) selon lequel, en vertu du droit de chaque époux de conserver son train de vie antérieur, il faut des motifs particuliers pour s'écarter de la répartition par moitié du montant qui, après couverture du minimum vital des deux époux, subsiste du revenu à disposition pour l'entretien de l'union conjugale. L'appelante soutient que la présence de deux enfants auprès de la mère détentricrice du droit de garde constitue un motif particulier justifiant une répartition du disponible à raison de 40 % pour l'intimé et de 60 % pour les trois autres membres de la famille. Elle invoque donc une fausse application de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC auquel renvoie l'art. 276 al. 1 CPC ou l'art. 137 al. 2 ancien CC qui a la même portée.

Selon la jurisprudence (notamment 5A_170/2007 c. 3 du 27 juin 2007), aux termes de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre, en application de l'art. 163 CC. Tant que dure le mariage, les époux doivent ainsi contribuer chacun selon ses facultés, aux frais supplémentaires

engendrés par l'existence de deux ménages. Chaque époux a le droit de participer de manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa p. 318). Le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 92 LP), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (ATF 114 II 26), à moins que l'un des époux ne doive subvenir aux besoins d'enfants mineurs communs (ATF 126 III 8 c. 3c pp 9 et 10 et les arrêts cités) ou que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b/bb p. 318). L'excédent doit ainsi être réparti en principe par moitié entre les époux si l'on est en présence de deux ménages d'une personne. Un partage par moitié ne se justifie en revanche pas si l'un des époux doit subvenir aux besoins d'enfants communs mineurs (ATF 126 III 8 c. 2c, JT 2000 I 29).

En l'espèce, les parties ont deux enfants âgées de quinze ans révolus dont la garde est confiée à l'appelante. Une répartition de l'excédent de 40-60 %, comme l'appelante le demande, peut être approuvée, étant précisé qu'une répartition de 1/3-2/3, moins favorable à l'intimé, aurait aussi pu se justifier. Il en résulte que la contribution de l'intimé à l'entretien des siens doit être fixée à 3'234 fr. 10 (manco de l'appelante de 2'372 fr. 10 + part à l'excédent de 862 fr. [1'436 fr. 67 x 60 %]), montant arrondi à 3'230 fr. Il en résulte que la conclusion I de l'appelante doit lui être allouée.

4. Sans motiver sa conclusion, l'appelante a conclu à l'octroi de dépens de première instance. Si la procédure de recours est soumise au CPC fédéral (art. 405 al. 1 CPC), en revanche la question des dépens des mesures provisionnelles de première instance introduites en 2010 est régie par l'ancien droit de procédure (art. 404 al. 1 CPC). L'art. 109 al. 2

CPC-VD autorise le juge à décider que les dépens des mesures provisionnelles suivent le sort de la cause au fond lorsque les mesures requises sont accordées. A contrario, les dépens doivent être alloués, comme en l'espèce, en cas de refus des mesures requises. En l'occurrence, les prestations du conseil de M. _____ ont consisté à l'assister à une audience de mesures provisionnelles d'une heure au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, après avoir pris connaissance de la requête et très vraisemblablement d'en avoir conféré avec la cliente. Il est équitable de lui allouer 1'000 fr. de dépens.

L'appelante a également droit à des dépens d'appel dont le principe et le montant relèvent quant à eux de la procédure fédérale (art. 405 al. 1 CPC). Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont fixés d'office (art. 105 CPC), selon le tarif (art. 96 CPC) des dépens en matière civile (TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]). En règle générale, la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC) doit verser à la partie victorieuse tous les frais nécessaires causés par le litige (art. 37 al. 2 CDPJ). Toutefois, en droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, soit en équité (art. 107 al. 1 CPC). En l'espèce, l'appelante - qui n'a pas produit de liste de frais (art. 105 al. 2 CPC) - obtient une majoration de contribution d'entretien mensuelle de 320 fr., ce qui représente une valeur litigieuse théorique de 77'760 fr., calculée selon l'art. 92 al. 2 CPC. Cette valeur litigieuse situe les dépens à allouer dans une fourchette de 1'500 à 6'000 fr. (art. 6 TDC). Dans le cas particulier, le travail effectif de l'avocat a consisté à rédiger un appel de cinq pages comportant deux griefs aisés à déceler et à présenter, un bordereau mentionnant deux pièces et vraisemblablement trois lettres d'envoi. L'art. 20 al. 2 TDC autorise la juridiction à fixer des dépens inférieurs au taux minimum en cas de disproportion manifeste notamment entre le travail effectif de l'avocat et le taux applicable ressortant du tarif. Il se justifie dans le cas particulier de limiter les dépens d'appel à 1'000 fr. pour l'activité du mandataire professionnel. L'intimé devra également supporter les frais d'appel par 600 fr. (art. 65 al. 2 du TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

5. Par prononcé du 14 février 2011, l'appelante a obtenu l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel. Conformément aux art. 122 al. 2 CPC et 2 du règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, en procédant, faute de dépôt d'une liste détaillée, à l'estimation équitable des opérations nécessaires à l'appel, le montant de l'indemnité due à son conseil d'office doit être fixé à 885 fr. 60 selon le décompte suivant :

- 4 heures de travail à 180 fr. de l'heure	Fr. 720.--
- débours forfaitaires	100.--
- TVA au taux 2011 de 8 %	65.60.

Par prononcé du 1^{er} mars 2011, T._____ a obtenu l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. Il convient de n'allouer une indemnité que pour les opérations relatives aux déterminations sur appel, celles relevant de l'appel joint étant d'emblée dépourvues de toute chance de succès (art. 117 let. b CPC). Le montant de l'indemnité allouée au conseil d'office de l'intimé est ainsi de 496 fr. 80, selon le décompte suivant :

- 2 heures de travail à 180 fr. de l'heure	Fr. 360.--
- débours forfaitaires	100.--
- TVA au taux 2011 de 8 %	36.80.

Par ces motifs,

Le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,

p r o n o n c e :

I. L'appel de M._____ est admis.

II. L'appel joint de T._____ est irrecevable.

III. Les chiffres I et III du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 janvier 2011 sont modifiés comme il suit :

I.- dit que le requérant T._____ contribuera a l'entretien de sa famille par le versement d'une pension mensuelle de 3'230 fr. (trois mille deux cent trente francs), allocations familiales en sus, payable par mois d'avance, en mains de l'intimée M._____, dès et y compris le 1^{er} janvier 2011.

III.- dit que le requérant T._____ doit verser la somme de 1'000 fr. (mille francs) à l'intimée M._____ à titre de dépens.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimé T._____.

V. L'intimé T._____ doit verser 1'000 fr. (mille francs) à l'appelante M._____, à titre de dépens d'appel.

VI. Le montant de l'indemnité due au conseil d'office de l'appelante M._____, est fixé à 885 fr. 60 (huit cent huitante-cinq francs et soixante centimes).

VII. Le montant de l'indemnité due au conseil d'office de l'intimé T._____ est fixé à 496 fr. 80 (quatre cent nonante-six francs et huitante centimes).

VIII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 14 mars 2011

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 Anne-Rebecca Bula (pour M. _____),
- Me Stéphane Ducret (pour T. _____).

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 civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :