

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 mai 2011

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

Art. 137 al. 2, 176 al. 1 CC; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **O.**_____, à Villars-Le-Terroir, contre l'ordonnance rendue le 21 avril 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **I.**_____, à Puidoux, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 avril 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 10 février 2011 par I._____ (I); modifié le chiffre IV de la convention du 15 janvier 2010, ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, en ce sens que O._____ contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement, sur le compte de I._____, d'avance le premier de chaque mois, dès et y compris le 1^{er} août 2010, d'une pension mensuelle de 400 fr. par enfant, allocations familiales non comprises, sous déduction des montants déjà versés à ce titre (II), maintenu pour le surplus les mesures protectrices de l'union conjugale fixées par convention du 15 janvier 2010 (III) et dit que les frais et dépens de la présente ordonnance suivront le sort de la cause au fond (IV).

En droit, le premier juge a considéré que le montant des pensions requises par l'épouse n'était pas manifestement inéquitable, quel que soit le mode de calcul préconisé (méthode du minimum vital ou application des tabelles zurichoises). Il a ainsi fait droit aux conclusions de la requérante, sous réserve de l'avis aux débiteurs qu'il n'a pas prononcé au motif que O._____ n'avait pas manqué stricto sensu à son obligation d'entretien dès lors qu'aucun montant précis n'avait été mis à sa charge. Pour le surplus, il a maintenu les modalités convenues au titre de mesures protectrices de l'union conjugale.

B. Par acte du 6 mai 2011, O._____ a fait appel de cette ordonnance et conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la contribution à laquelle il est astreint est de 220 fr. par mois et pour chacun des enfants, dès et y compris le 1^{er} mars 2011, sous déduction des montants déjà versés à ce titre, et, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle instruction. Il a produit un bordereau de quatre pièces.

Par prononcé du 16 mai 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à O._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 6 mai 2011 dans la procédure d'appel qui l'oppose à I._____ (I); dit que le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé dans la mesure suivante : 1a. exonération d'avances; 1b. exonération des frais judiciaires; 1c. assistance d'office d'un avocat en la personne de Me Sandra Genier Müller (II), astreint O._____ à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} juin 2011, à verser auprès du Service compétent (III).

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

1. O._____, né le [...], de nationalité canadienne, et I._____ le [...], originaire de Littau LU, se sont mariés le 17 septembre 1999 à Chexbres VD. Ils sont les parents de [...], née le [...], et de [...], né le [...].

Le 15 janvier 2010, les époux ont signé une convention, ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, aux termes de laquelle ils se sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée, sont convenus d'attribuer la garde des enfants à leur mère, sous réserve du droit de visite du père, I._____ renonçant provisoirement à toute contribution d'entretien en leur faveur dès lors que O._____ était au bénéfice du revenu d'insertion (ci-après : RI). L'accord précisait enfin que le mari s'engageait à informer immédiatement son épouse si son revenu devait dépasser le minimum vital.

2. Par demande unilatérale du 2 novembre 2010, I._____ a ouvert action en divorce.

Par requête de mesures provisionnelles du 10 février 2011, I._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que O._____ contribue à l'entretien de [...] et de [...], d'avance le premier de chaque

mois dès et y compris le mois d'août 2010, par le service d'une pension mensuelle de 400 fr. par enfant, allocations familiales non comprises, ordre étant donné à tout employeur, ou à toute institution amenée à lui verser une indemnité en remplacement de son salaire, de prélever chaque mois sur ses revenus le montant de 800 fr. et de le lui verser.

Dans ses déterminations du 31 mars 2011, O._____ a conclu, avec dépens, au rejet des conclusions de la requête. La conciliation, tentée à l'audience du 5 avril 2011, a échoué.

3. O._____ a bénéficié du revenu d'insertion du 1^{er} octobre 2009 au 19 juillet 2010, pour un montant total de 7'911 fr. 95, en complément du chômage ou d'heures effectuées pour la société SL&C Suisse SA. Il travaille depuis le 1^{er} août 2010 pour l'Etablissement vaudois d'accueil des migrants (EVAM). Son salaire net mensualisé est de 4'658 fr. (4'300 fr. x 13 : 12). Ses primes d'assurance maladie sont de 280 fr. par mois, ses frais de transports de 400 francs. L'appelant a emménagé avec sa compagne le 1^{er} avril 2011 dans un appartement dont le loyer mensuel est de 2'490 fr., charges comprises. Le couple vivait précédemment dans un logement qui lui coûtait 1'151 fr. par mois.

I._____ travaille à 90% pour les affaires professorales de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL), Son salaire mensuel net, servi treize fois l'an, est de 6'139 fr. 20, allocations familiales en sus. L'intimée vit avec [...] et [...] dans un appartement au loyer mensuel de 2'149 fr, charges et place de parc comprises. Ses primes d'assurance maladie obligatoire et celles de ses enfants ascendent à 433 fr. en chiffres ronds. Ses frais de maman de jour se sont élevés, pour le mois de septembre 2010, à 275 francs.

Le salaire de l'appelant représente le 42% des revenus totaux du couple (11'208 fr.). Compte tenu d'un montant de base de 1'000 fr. (1'700 fr. : 2 + 150 fr. relatif à l'exercice du droit de visite), d'une part de loyer de 1'245 fr. (2'490 fr. : 2), de primes d'assurance maladie de 280 fr. et de frais de transport de 400 fr., le disponible du débiteur est de 1'733

fr. dès le 1^{er} avril 2011 (jusqu'à cette date, avec une charge locative de 575 fr. [1'151 fr. : 2], il était de 2'403 francs). Sur la base des tabelles zurichoises, le premier juge a relevé que la pension mensuelle due serait de 697 fr. pour [...] (1'700 fr. [s'agissant d'un enfant de un à six ans] x 42%) et de 713 fr. 40 pour [...] (1'740 fr. [s'agissant d'un enfant de sept à douze ans] x 42%). Ainsi, selon lui, les pensions requises à hauteur de 400 fr. par mois et par enfant n'étaient pas manifestement inéquitables.

4. Dans ses déterminations sur mesures provisionnelles du 31 mars 2011, O. _____ a fait valoir que s'il avait retrouvé du travail dès août 2010, sa situation financière antérieure l'avait contraint à contracter des dettes qu'il devait préalablement rembourser.

5. Par demande du 2 novembre 2010, I. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au divorce, à ce que l'autorité parentale sur les enfants et la garde de ces derniers lui soit attribuées, sous réserve du droit de visite du père, au service d'une contribution à l'entretien de [...] et de [...], au partage des prestations de libre passage LPP accumulées durant le mariage et à la dissolution et liquidation du régime matrimonial.

Par réponse du 31 janvier 2011, O. _____ a conclu, avec dépens, au divorce, au service d'une contribution à l'entretien de chacun de ses enfants, dont la garde et l'autorité parentale sont attribuées à leur mère, de 300 fr. par mois au maximum, sous réserve de l'indexation, au service par la demanderesse d'une contribution à son propre entretien, au partage par moitié des avoirs LPP acquis pendant la durée du mariage et à la dissolution et liquidation du régime matrimonial.

En droit :

1. 1.1 L'appel est recevable 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 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, 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 d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

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. (art. 308 CPC), le présent 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, *ibid.* p 136).

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.*, JT 2010 III 136-137). 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 (Tappy, *ibid.* pp. 136-137).

1.3 La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et 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*, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). 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.* JT 2010 III 15; Hohl, *Procédure civile Tome II*, 2^{ème} éd., n. 2410 p. 437).

2. **2.1** L'appelant soutient qu'il n'y aurait aucune raison particulière de prévoir, comme l'a fait le premier juge, la rétroactivité des contributions d'entretien antérieurement au dépôt de la requête de mesures provisionnelles.

Selon l'art. 137 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), lequel, bien qu'abrogé au 31 décembre 2010, continue à

s'appliquer aux procédures de divorce soumises à l'ancien droit (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, JT 2010 III 14), chacun des époux peut demander au juge d'ordonner les mesures provisoires nécessaires. Une contribution peut être demandée pour l'avenir et pour l'année précédant le dépôt de la requête.

La rétroactivité à une date antérieure au dépôt de la requête de mesures provisoires ne se justifie que s'il existe des motifs particuliers (TF 5A_485/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.2; ATF 111 II 103 c. 4). Un engagement de l'époux d'informer immédiatement son épouse des modifications de sa situation financière constitue une telle circonstance. Au surplus, même si la requête de mesures provisoires est déposée moins d'un an après l'ouverture d'action en divorce, elle peut aboutir à l'allocations de contributions pour une période où cette procédure n'avait pas encore été introduite, pour autant que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'ait pas été saisi au sujet de la même période (Tappy, Commentaire romand, n. 23 ad art. 137 CC; ATF 129 III 60, JT 2003 I 45).

La décision attaquée retient que l'appelant percevait un salaire depuis le mois d'août 2010 et qu'il s'était engagé à l'audience du 15 janvier 2010 à informer son épouse des modifications de sa situation financière. Le chiffre IV de la convention du 15 janvier 2010 précise d'ailleurs que l'époux s'engageait à informer immédiatement son épouse si son revenu devait dépasser le minimum vital.

C'est donc en vain que l'appelant prétend que l'intimée aurait dû déduire de ses versements mensuels de 200 fr. que sa situation financière s'était améliorée alors qu'il n'a pas respecté son engagement de renseigner son épouse. Il s'ensuit que le paiement de la contribution d'entretien depuis le 1^{er} août 2010, sous déduction des montants déjà versés, est pleinement justifié.

Ce moyen doit en conséquence être rejeté.

2.2. L'appelant soutient ensuite que la contribution mensuelle d'entretien devrait être fixée à 440 fr., soit 220 fr. par enfant, selon la méthode dite de répartition de l'excédent.

S'agissant de contributions fixées exclusivement en faveur des enfants, le juge statue d'office et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 CPC; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., n. 2415 p. 438).

La jurisprudence de la cour de céans part en règle générale, pour calculer la contribution d'entretien d'un enfant, d'un pourcentage du revenu mensuel ou de la capacité de gain du débiteur de la pension, fixé en fonction du nombre d'enfants bénéficiaires. Pour un enfant en bas âge, cette proportion est évaluée à environ 15 à 17% du revenu mensuel net de l'intéressé, 25 à 27% pour deux enfants, 30 à 35% pour trois enfants et 40% pour quatre enfants (Bastons Bullettiti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77 ss., spéc. p. 107s.; Revue Suisse de jurisprudence [RSJ] 1984, pp. 392-393, note ad n° 4; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^{ème} éd., n. 978, pp. 567-568; TF 5A_178/2008 du 23 avril 2008 et références). Il s'agit là d'un taux approximatif qui doit être pondéré au vu des circonstances, selon l'équité (ATF 107 II 406 c. 2c; RSJ 1984 p. 392 n° 4 précitée; Meier/Stettler, ibid.). La Chambre des recours applique ces critères à tous les enfants mineurs, indépendamment de l'état civil de leurs parents (mariés ou non, séparés ou divorcés [CREC II 15 novembre 2010/234]). Ces pourcentages ne valent généralement que si le revenu du débiteur se situe entre 3'500 fr. et 4'500 fr. par mois (ATF 116 II 110 c. 3a, JT 1993 I 162), revenu qui a toutefois été réactualisé depuis lors, de 4'500 fr. à 6'000 fr., pour tenir compte de l'augmentation du coût de la vie (CREC II 11 juillet 2005/436). En présence de capacités financières limitées, le minimum vital du débirentier au sens du droit des poursuites doit en principe être garanti (ATF 127 III 68, JT 2001 I 2c). Lorsque plusieurs enfants ont droit à une contribution d'entretien, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté (ATF 127 III 68, JT I 562 c. 2c; TF 5A_178/2008 c. 3.2).

En l'espèce, c'est donc à juste titre que le premier juge a choisi la méthode de fixation de la contribution d'entretien en fonction des besoins de l'enfant. Les pensions fixées à 800 fr. par mois pour les deux enfants, rapportées à un revenu net mensualisé du débiteur de 4'658 fr., ne portent pas atteinte au minimum vital de l'appelant, qui est de 2'925 fr. (1'000 fr. de base [1'500 fr. : 2 + 150 fr.], 1'245 fr. de loyer [2'490 fr. : 2], 280 fr. d'assurance maladie et 400 fr. de frais de transport). Quant à des dettes antérieures de O._____, elles ne sauraient évidemment passer avant les obligations alimentaires lui incombant.

Ce second grief doit donc également être écarté.

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

4. Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 63 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). Ils sont laissés à la charge de l'Etat, l'appelant, au bénéfice de l'assistance judiciaire, succombant (122 al. 1 let b CPC). L'intimée n'ayant pas procédé, il ne sera pas alloué de dépens.

Vu la liste des opérations et débours pour la procédure d'appel produite le 24 mai 2011 par le conseil de l'appelant, une indemnité d'office à hauteur de 781 fr. 60, TVA et débours compris, est accordée à Me Genier Müller. Enfin, 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 du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

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 est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Genier Müller est arrêtée à 720 fr. (sept cent vingt francs), plus 57 fr. 60 (cinquante-sept francs et soixante centimes) de TVA et 4 fr. (quatre francs) de débours.
- 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 du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 24 mai 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 :

- Mme Sandra Genier Müller (pour O. _____)
- M. Fabien Mingard (pour I. _____).

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 civil d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :