

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 13 avril 2011

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

Art. 273, 286 CC; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **I.**_____, à Chavannes-près-Renens, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 13 janvier 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **R.**_____, à Lausanne, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011, notifiée aux parties le 14 janvier 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures provisionnelles du 28 juin 2010 déposée par I._____ (I), dit que l'ordonnance du 17 mai 2010 est maintenue (II), dit que la convention signée par les parties et ratifiée par le président du Tribunal de céans en date du 23 février 2010 est modifiée en son point II en ce sens que le droit de visite du mercredi est supprimé (III), arrêté les frais de justice à 200 fr. pour le requérant et à 200 fr. pour l'intimée (IV), dit que le requérant doit 1'200 fr. à l'intimée à titre de dépens (V) et rejeté ou déclaré sans objet toutes autres ou plus amples conclusions (VI), l'ordonnance étant déclarée immédiatement exécutoire (VII).

Le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas lieu de modifier la contribution de 1'760 fr. que I._____ devait verser à son épouse depuis le 1^{er} février 2010, au motif qu'aucun élément au dossier ne laissait supposer que la situation économique du débiteur se serait péjorée par rapport à celle qui prévalait en mai 2010. Constatant par ailleurs que I._____ n'exerçait pas correctement son droit de visite le mercredi soir, ce qui avait pour effet de perturber l'enfant des parties, il a supprimé cette modalité.

B. Par acte motivé du 24 janvier 2011, accompagné d'un bordereau de vingt-deux pièces, I._____ a fait appel et pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

I. L'appel est admis.

II. Le prononcé de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 est réformé en son chiffre I en ce sens que la requête de mesures provisionnelles du 28 juin 2010 déposée par I._____ est admise.

III. Le prononcé de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 est réformé en son chiffre II en ce sens que l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 mai 2010 n'est pas maintenue.

IV. Le prononcé de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 est réformé en ce sens que I. _____ est libéré de tout (sic) contribution d'entretien en faveur des siens, dès et y compris le 1^{er} février 2010 et jusqu'au 31 juillet 2010.

V. Le prononcé de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 est réformé en ce sens que I. _____ contribuera à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 1061 fr., payable d'avance le premier jour de chaque mois, en mains de la requérante, dès et y compris le 1^{er} août 2010, allocations familiales en sus.

VI. Le prononcé de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 est réformé en son chiffre III en ce sens que le chiffre II de la convention signée par I. _____ et R. _____ le 4 mai 2010 est maintenu.

VII. Ordre est donné à R. _____ de fournir une garantie de loyer pour l'appartement qu'elle occupe sis au chemin de la Forêt 28 à 1024 Ecublens dans les cinq jours suivant la décision définitive et exécutoire."

L'appelant a sollicité l'effet suspensif, qui lui a été refusé par décision du 1^{er} février 2011.

Par prononcé du 1^{er} février 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à I. _____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 24 janvier 2011, dans la procédure d'appel qui l'oppose à R. _____ (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 Gutowski (II), astreint I. _____ à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} février 2011, à verser auprès du Service compétent (III).

Dans son mémoire du 14 février 2011, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de l'appelant et à la confirmation pure et simple de l'ordonnance de mesures provisionnelles querellée. Elle a produit deux pièces.

Par prononcé du 23 février 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à R. _____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 15 février 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 Carré (II), astreint R. _____ à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} mars 2011, à verser auprès du Service compétent (III).

Par dictée au procès-verbal de l'audience du 8 avril 2011, l'appelant a retiré sa conclusion VII. L'intimée a confirmé ses conclusions en rejet de l'appel.

C. Le Juge délégué de la Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance, complétée par les pièces du dossier et les déclarations des parties à l'audience du 8 avril 2011 :

1. I. _____, né le [...], et R. _____, née [...] le [...], tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés le [...] dans leur pays d'origine. De leur union est issue une fille: [...], née le [...].

Par demande unilatérale du 3 mars 2010, R. _____ a notamment conclu au divorce.

2. A l'audience de mesures provisionnelles du 23 février 2010, les parties ont signé une convention, ratifiée sur le siège pour valoir ordonnance, qui prévoit en particulier que la garde de l'enfant est confiée à sa mère et fixe le droit de visite du père à l'égard de sa fille.

Le 4 mai 2010, lors d'une audience de conciliation, les parties ont conclu une convention partielle sur les effets du divorce. En particulier, le chiffre II de cet accord prévoit que le père jouira d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec la mère et qu'il aura sa fille auprès de lui, à défaut d'entente préférable, chaque mercredi soit dès 18 heures 30 au jeudi matin à 11 heures 30 tant qu'il ne travaille pas (7 heures au plus

tard lorsqu'il travaille), un week-end sur deux du vendredi à 18 heures 30 au dimanche à 18 heures 30, la moitié des vacances scolaires et, alternativement, à Noël ou Nouvel An, Pâques ou Pentecôte. Sous chiffre V, les parties sont convenues d'appliquer à titre provisionnel les modalités relatives l'exercice du droit de visite.

Demeurée litigieuse, la question de l'entretien a fait l'objet d'une ordonnance du 17 mai 2010. Il ressort de cette décision que I._____ a travaillé en qualité de ferrailleur pour FBA Ferrailage Sàrl, à plein temps, jusqu'au 31 janvier 2010, pour un revenu net mensualisé d'environ 4'200 francs. Le 20 janvier 2010, invoquant un "changement personnel" dans sa vie, l'appelant a requis de son employeur une réduction de son taux d'activité à 60 %, à compter du 1^{er} février 2010, afin de consacrer du temps à certains projets qu'il avait mis entre parenthèses. Un nouveau contrat de travail a alors été conclu. Du 23 février 2010 au 15 mars 2010, I._____ a été mis en arrêt de travail, son activité pouvant être reprise à 100 % dès cette date. L'ordonnance retient que celui-ci a perçu l'entier de son salaire, entièrement couvert par les assurances, pendant son arrêt maladie, soit un revenu mensuel net de 2'330 fr. étant donné la réduction de son taux d'activité à soixante pour cent. Le certificat médical précisant qu'il est apte à travailler à 100 % dès cette date, l'ordonnance considère que l'on pouvait raisonnablement attendre du débiteur qu'il emploie sa force de travail d'une manière optimale afin de subvenir à l'entretien de sa famille. S'agissant du minimum vital de I._____, la décision retient qu'il vivait avec sa sœur et que ses charges incompressibles étaient de 2'439 fr. par mois : montant de base pour une personne faisant ménage commun (850 fr.), supplément pour les frais liés à l'exercice du droit de visite (150 fr.), loyer (950 fr.), assurance-maladie (220 fr.), assurance perte de gain (19 fr.), crédit (250 fr.). Le disponible du débiteur était en conséquence de 1'761 fr. (4'200 fr. - 2'439 fr.).

En ce qui concerne R._____, l'ordonnance du 17 mai 2010 retient qu'elle a travaillé à l'usine Marvinpac depuis le 29 septembre 2009 pour un salaire mensuel net moyen de 2'525 francs et que ses charges minimales étaient de 4'303 fr. : base mensuelle d'entretien pour elle-

même (1'350 fr.) et sa fille (400 fr.), loyer (1'070 fr.), assurance-maladie pour elle-même (445 fr.) et sa fille (138 fr.), garderie (800 fr.), transport (100 fr.).

Les ressources disponibles des époux ne suffisant pas à satisfaire les deux minima vitaux (situation dite d'"Unterdeckung"), la pension mensuelle due par I. _____ a été arrêtée au montant du solde disponible du débiteur après déduction de ses charges, savoir 1'760 francs. Dite pension est payable d'avance le premier de chaque mois en mains de R. _____, dès et y compris le 1^{er} février 2010.

3. Par requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence du 28 juin 2010, I. _____ a conclu à libération de toute contribution en faveur des siens. R. _____ a conclu à la confirmation de l'ordonnance du 17 mai 2010.

aa) I. _____ souffre d'une discopathie L5-S1 sans conflit radiculaire. Selon certificat du 23 février 2010, établi par le Dr Nicolas Vogel, médecin généraliste à Prilly, il a été incapable de travailler du 23 février au 15 mars 2010, le travail pouvant être repris à 100 % dès cette date.

Par courrier du 17 mai 2010, l'assurance-maladie de l'appelant lui a demandé restitution du montant de 3'194.95 versé à son employeur, dès lors que l'incapacité de travail de I. _____ relevait des suites d'un accident de la circulation survenu dans son enfance.

L'incapacité de travail de l'appelant a été renouvelée du 18 mai au 31 juillet 2010; le certificat établi le 16 août 2010 par le Dr Norberg, de l'Hôpital orthopédique, médecin au Centre hospitalier universitaires vaudois (ci-après : CHUV), atteste que l'appelant peut reprendre ses activités à 100 % dès le 1^{er} août 2010, "dans un travail adapté, avec charges < 20 kg et alternance de position".

De juin à juillet 2010, l'appelant a émarginé aux services sociaux, qui lui ont accordé une aide de 2'773 fr. 90 par mois. Par ailleurs, l'assurance Philos a versé des indemnités journalières de 86 fr. 35 jusqu'au 31 juillet 2010.

Les rapports de travail de I. _____ avec FBA Ferrailages Sàrl se sont achevés le 1^{er} août 2010. L'appelant bénéficie des prestations de l'assurance chômage dès le 5 août 2010; il perçoit depuis lors des indemnités journalières de 191 fr. 35 chacune, correspondant au 80 % d'un gain assuré de 5'191 fr., soit une moyenne mensuelle, compte tenu du nombre de jours contrôlés, de 3'900 francs. Le délai-cadre échoit le 4 août 2012.

L'appelant est à la recherche d'un emploi. Du 15 septembre au 24 décembre 2010, il a bénéficié d'une mesure de réinsertion professionnelle pour des personnes atteintes dans leur santé. Il a ainsi effectué un stage de deux semaines au sein de la société EMMI en qualité de magasinier. Du 3 janvier au 14 mars 2011, il a bénéficié d'un accompagnement à la réinsertion professionnelle.

ab) Le 1^{er} février 2011, l'appelant a emménagé seul dans un appartement au loyer mensuel de 1'550 fr, sis rue de la [...]. Il a obtenu dès le 1^{er} novembre 2011 un subside au paiement des primes de son assurance maladie, en sorte que la part résiduelle lui incombant est de 170 francs. Les parties sont enfin convenues, selon accord du 4 mai 2010 ratifié sur ce point pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, d'affecter le montant de la garantie de loyer de l'ancien appartement conjugal au remboursement du solde de la dette CashGate qui figurait dans les charges incompressibles de l'appelant à hauteur de 250 fr. par mois.

ac) Des difficultés sont apparues dans l'exercice du droit de visite de l'appelant le mercredi soir, dues aux libertés que prend le père avec les horaires convenus, qui perturbent à la fois l'organisation de la mère et l'équilibre de l'enfant.

ba) R. _____ a travaillé jusqu'au 30 juin 2010 pour un salaire net de 2'200 fr. à 2'300 fr. net par mois. Elle a ensuite réalisé un revenu mensuel net de 2'553 fr. pour un emploi à cent pour cent puis a connu une période sans emploi. L'appelant ayant cessé tout paiement au Bureau de recouvrement et d'avances sur pensions alimentaires (BRAPA) dès août 2010, l'intimée a dû recourir à l'aide sociale. R. _____ a été engagée à temps complet, dès le 1^{er} mars 2011, par l'entreprise Selecta qui lui garantit un salaire mensuel net de 3'033 fr., nourriture (350 fr.) et frais de déplacement payés (l'intimée utilise le véhicule de l'entreprise qui l'emploie).

bb) L'intimée a un ami, prénommé [...]. Cependant, elle vit seule avec sa fille dans un appartement au loyer mensuel de 1'098 fr., charges comprises, sis chemin [...]. Subside déduit, ses primes d'assurance-maladie pour elle et l'enfant sont de 220 francs. Les frais de garderie pour la fille du couple sont de 700 fr. par mois.

En droit :

1. a. 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). 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 les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 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) et pour partie non patrimoniales, le présent appel est recevable.

b. Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 277 al. 1 CPC sont remplies – soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification – et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., p. 140). Cette limitation ne vaut pas lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, ZPO-Komm, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, les conclusions ne sont pas nouvelles ou portent sur des questions qui doivent être examinées d'office.

c. 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. p. 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., pp. 136-137). Toutefois, des novae peuvent 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, ibid., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., n. 2415 p. 438).

d) En l'espèce, les nombreuses pièces nouvelles produites par l'appelant sous bordereau concernent la situation postérieure à l'audience du 9 août 2010, notamment quant à l'évolution des revenus de l'appelant, qui s'est retrouvé d'abord au chômage, puis en régime de réinsertion professionnelle. Tel semble être encore le cas aujourd'hui. A partir du moment où le couple a une enfant mineure, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, op. cit., nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par l'appelant devraient donc être considérées comme des novae susceptibles d'être examinés par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC. Cela implique également que les réquisitions de production de pièces, voire l'examen du renouvellement des pièces refusées par le premier juge devraient à nouveau faire l'objet d'un examen quant à la pertinence d'en disposer pour l'instruction d'office.

Cette instruction ne se justifie toutefois que si le juge de l'appel sera en mesure de procéder à l'examen requis et de réformer le cas échéant la décision. Dans le cas où un rejet de l'appel se justifie pour des motifs qui ne nécessitent pas de revoir les revenus de la partie, ou si la production des pièces nécessite de reprendre l'instruction de la cause sur des faits essentiels, il est vain d'y procéder à ce stade (art. 318 al. 1 CPC).

2. L'appelant conteste la quotité de la contribution fixée et conclut à libération complète.

a) Le premier juge a retenu que, comme l'appelant réalisait un revenu de 4'200 fr. avant la réduction de son taux d'activité, et avant son incapacité de travail, il y avait lieu de retenir que le débiteur de la contribution d'entretien était susceptible de réaliser un tel revenu hypothétique, quand bien même il venait de s'inscrire au chômage.

L'appelant est d'un avis diamétralement opposé. S'il a diminué son taux d'activité, ce n'était en aucun cas pour réduire sa capacité financière. Connaissant mal le système de santé suisse, il a pensé qu'il pourrait continuer à exercer son activité professionnelle de ferrailleur moyennant une réduction temporaire de son taux d'activité afin de ménager son dos et retrouver à terme une pleine capacité de travail.

b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 et références citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a; TF 5C_40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit; en revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb; ATF 126 III 10 c. 2b, JT 2000 I 121; ATF 129 III 577 c. 2.1.1 non publié; TF 5A_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2 et références citées).

S'agissant de la pension, il y a lieu de distinguer trois périodes

:

- la première période s'étend de l'audience du 4 mai 2010 à fin juillet 2010 (il n'est pas question de réexaminer la situation dès le 1^{er} février 2010, comme le souhaite l'appelant, puisqu'il existait une voie de droit contre la décision du 17 mai 2010 dont il n'a pas fait usage, cette période ne pouvant être revue dans le cadre du présent appel);
- la deuxième période s'étend du 1^{er} août 2010 au 28 février 2011;
- la troisième période est celle allant du 1^{er} mars au 8 avril 2011.

ba) En ce qui concerne la première période, il n'y a aucun élément nouveau. On peut constater que le premier juge a correctement apprécié la situation et retenu à juste titre que devait être opposé au débiteur le fait qu'il avait diminué de son propre chef son taux d'activité de cent à soixante pour cent. On ne saurait en effet sérieusement soutenir que l'appelant ignorait le système de santé suisse et qu'il avait l'intention de ménager son dos en travaillant moins. Dès lors, c'est à juste titre que le juge a astreint l._____ à contribuer à l'entretien des siens par le service d'une pension de 1'760 fr. par mois, correspondant au solde disponible après le prélèvement du minimum vital du débiteur (4'200 fr. de revenu - 2'439 fr. de charges incompressibles : base mensuelle d'entretien pour une personne vivant en ménage commun, augmentée des frais liés à l'exercice du droit de visite [1'000 fr.], part au loyer [950 fr.], primes d'assurance-maladie [220 fr.] et de perte de gain [19 fr.], remboursement d'un crédit [250 fr.]), les deux époux subissant ainsi, en proportion la même atteinte (Perrin, La méthode du minimum vital, SJ 1993 425, spéc. 439). L'estimation faite par le juge est exempte de reproche.

bb) S'agissant de la deuxième période, on peut admettre, au vu de la durée du chômage, qu'il faut plutôt tenir compte du nouveau

revenu (TF 5A_724/2009 publié in FamPra.ch 2010 no 46, p. 673; TF 5A_217/2009).

Dès lors, et sur la base des pièces au dossier, on peut estimer que les indemnités de chômage sont de l'ordre de 3'900 fr. par mois, en moyenne, si l'on tient compte que l'appelant pouvait travailler à cent pour cent avant son arrêt volontaire de travail et qu'il aurait pu bénéficier des indemnités d'un travailleur à cent pour cent, réduites à huitante pour cent en application de la Loi sur l'assurance chômage (LACI).

Le premier juge a relevé que l._____ a des charges minimales de 2'439 francs. Aucun élément du dossier ne le contredit. Il s'ensuit que le solde disponible du débiteur après déduction des coûts incompressibles est de 1'461 fr., arrondi à 1'450 fr. par mois.

Certes le premier juge a retenu à tort pour l'intimée un montant de base de 1'350 fr. et non de 1'200 fr. (www.vd.ch/fr/themes/economies/poursuites-et-faillites/minimum-vital/). Cette différence peut toutefois être compensée par les montants arrondis en faveur de l'appelant. Il s'ensuit que la pension doit être adaptée en ce sens que l'appelant doit contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 1'450 fr. par mois, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de l'intimée, à compter du 1^{er} août 2010 et jusqu'au 1^{er} mars 2010, même si une partie des nouveaux éléments sont déjà apparus dès le 1^{er} février 2010. Par mesure de simplification, il y a lieu d'englober le mois de février dans la période considérée.

bc) Reste la dernière période, plus délicate, à compter du 1^{er} mars 2011. Un revenu de 3'900 fr., équivalent aux indemnités de l'assurance chômage calculées sur un emploi à plein temps, doit être imputé à l'appelant. Ce dernier vit seul, dans un appartement au loyer mensuel de 1'550 francs. Il bénéficie d'un subside partiel au paiement de ses primes d'assurance-maladie; sa participation mensuelle résiduelle est de 170 francs.

L'intimée a un travail à plein temps depuis le 1^{er} mars 2011, qui lui procure un salaire net de 3'033 fr. par mois. Elle bénéficie d'un véhicule d'entreprise en sorte qu'il n'y a pas lieu de comptabiliser des frais de transports dans ses charges incompressibles. L'appelant échouant dans la preuve que son épouse fait ménage commun avec son ami, il y a lieu de retenir pour l'intimée un loyer mensuel de 1'098 francs. Les primes d'assurance maladie étant partiellement subsidiées, demeure à ce titre à la charge de l'intimée un montant de 220 francs. L'intimée doit enfin faire garder sa fille pendant qu'elle travaille; il lui en coûte 700 fr. par mois.

Les minima vitaux des époux, recalculés pour cette troisième période, se présentent dès lors comme suit :

- appelant :

- base mensuelle pour un adulte	Fr. 1'100.-
- supplément pour le droit de visite	150.-
- loyer, charges comprises	1'550.-
- assurance-maladie	<u>170.-</u>
total	Fr. 3'070.-

- intimée :

- base mensuelle pour un adulte	Fr. 1'100.-
- base mensuelle pour [...]	400.-
- loyer, charges comprises	1'098.-
- assurances-maladie, mère et fille	220.-
- frais de garderie	<u>700.-</u>
total	Fr. 3'618.-

Une fois les revenus additionnés (3'900 fr. + 3'033 fr. = 6'933 fr.) et les minima vitaux déduits (3'070 fr. + 3'618 fr. = 6'688 fr.), il reste un disponible de 245 fr., l'intimée accusant un déficit d'environ 580 francs.

Compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose le juge et des critères posés par la jurisprudence (Pichonnaz, Commentaire romand, nn. 144 ss ad art. 125 CC; ATF 134 III 337, JT 2008 I 234), il y a lieu en l'espèce de s'en tenir à un partage par moitié de l'excédent, tant

en raison d'une situation calculée au plus juste qu'au vu de conditions de vie qui évoluent rapidement. Dès lors, la quote-part de l'intimée est de 122 fr. 50. En l'ajoutant à son minimum vital (3'618 fr.) et en retranchant son revenu personnel (3'033 fr.), on obtient un résultat de 700 fr. en chiffres ronds. Par conséquent, la pension due par l'appelant dès le 1^{er} mars 2011 doit être arrêtée à ce montant.

c) Dans un arrêt du 21 octobre 2009 (5A_207/2009 c. 3.2), le Tribunal fédéral a notamment considéré ce qui suit au sujet de l'art. 285 al. 2 CC : "Sauf décision contraire du juge, les allocations pour enfants, les rentes d'assurances sociales et d'autres prestations destinées à l'entretien de l'enfant, qui reviennent à la personne tenue de pourvoir à son entretien, doivent être versées en sus de la contribution d'entretien. Il s'agit notamment des allocations familiales fondées sur les lois cantonales et des rentes pour enfants selon les art. 22ter al. 1 LAVS, 35 LAI et 25 LPP. Affectées exclusivement à l'entretien de l'enfant, ces prestations ne sont pas prises en compte dans le calcul du revenu du parent qui les reçoit (Hegnauer, in Commentaire bernois, n° 95 ad art. 285 CC; Françoise Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II p. 77 ss, p. 81). Elles sont cependant retranchées du coût d'entretien de l'enfant (arrêt 5C.173/2005 du 7 décembre 2005, c. 2.3.2 et les auteurs cités; Bastons Bulletti, op. cit., p. 103; cf aussi art. 276 al. 3 CC). Selon la jurisprudence, l'art. 285 al. 2 CC prescrit principalement au tribunal compétent en matière de divorce de déduire préalablement, lors de la fixation de la contribution d'entretien, ces prestations sociales (ATF 128 III 305, c. 4b p. 310)."

En l'espèce, les différentes ordonnances rendues ne comportent pas d'indications au sujet des allocations familiales. Il y a dès lors lieu de préciser que les pensions fixées s'entendent allocations familiales éventuelles en sus.

3. a) L'appelant conteste également la suppression du droit de visite du mercredi sur sa fille [...], au motif que ce droit de visite, qui

englobe le mercredi, a été convenu par convention partielle sur les effets accessoires du divorce du 4 mai 2010.

Le premier juge a retenu que l'appelant n'exerçait pas correctement son droit de visite du mercredi soir, perturbant sa fille par ses annulations de dernière minute ou arrivant en retard.

b) Il est exact de dire que le droit de visite, comprenant le mercredi soir, a été arrêté dans une convention du 4 mai 2010 censée valoir accord partiel sur les effets du divorce. Toutefois, dite convention prévoit à son chiffre V que les parties s'entendent à appliquer à titre provisionnel ses chiffres II et III, soit en particulier les modalités relatives à l'exercice du droit de visite.

Quand bien même cet accord est destiné à valoir jugement sur le fond, et donc a fixé le droit de visite pour la période suivant le jugement de divorce, il n'en reste pas moins qu'à ce stade de la procédure, il ne s'agit encore que d'une application provisionnelle de la convention, comme le mentionne expressément le chiffre V. On ne voit dès lors pas pour quel motif le premier juge ne pourrait pas modifier le régime provisionnel s'il l'estime nécessaire, conformément à son pouvoir d'examen d'office (art. 145 aCC).

La décision querellée explique de manière convaincante pour quelles raisons l'exercice du droit de visite le mercredi soir est difficile : l'appelant annonce au dernier moment qu'il ne vient pas chercher sa fille pour des motifs peu probants ou arrive avec un retard qui ne permet pas une organisation rassurante pour l'enfant et pour sa mère.

A l'issue de l'instruction, il apparaît qu'il n'y a pas lieu de procéder à un changement de la situation fixée dans l'ordonnance du 13 janvier 2011. Les motifs retenus par le premier juge sont toujours pertinents, d'autant que le droit de visite doit servir en premier lieu l'intérêt de l'enfant, que lors de son exercice du droit de visite, il ne s'agit pas de trouver un juste équilibre entre les parents mais de régler les

relations parents-enfant dans l'intérêt de ce dernier (ATF 122 III 404, JT 1998 I 46; ATF 123 III 445, JT 1998 I 354) et que l'appelant ne semble pas avoir fourni les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour avoir sa fille auprès de lui pendant les vacances. Dès lors, on peut confirmer que l'appelant ne semble que peu pressé de démontrer que les difficultés rencontrées dans le passé ont été surmontées.

Cette conclusion est en conséquence rejetée.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance réformée dans le sens indiqué ci-dessus. Les dépens de première instance seront compensés, chaque partie obtenant gain de cause sur une partie de ses conclusions respectives (art. 106 al. 2 CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. pour chacune des parties, sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC et 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Des dépens de deuxième instance, réduits de moitié, seront alloués à la partie qui obtient partiellement gain de cause (art. 95 al. 2 et 122 CPC et 9 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RS 270.11.6]).

Enfin, l'indemnité du conseil de l'appelant sera réduite à l'équivalent de neuf heures de travail, pour tenir compte d'un calcul raisonnable du temps nécessaire aux diverses opérations mentionnées, notamment pour la rédaction de la requête et de la durée de l'audience et de la vacation. L'indemnité sollicitée par le conseil de l'intimée est justifiée et est allouée.

Par ces motifs,

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

prononce :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Les chiffres I, I bis, II et V de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011 sont réformés comme il suit :

I. admet partiellement la requête de mesures provisionnelles du 28 juin 2010.

I bis nouveau. dit que l'appelant I. _____ doit contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 1'450 fr. (mille quatre cent cinquante francs), allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois, en mains de la requérante R. _____, dès et y compris le 1^{er} août 2010 et jusqu'au 28 février 2011, puis de 700 fr. (sept cents francs) dès et y compris le 1^{er} mars 2011.

II. maintient l'ordonnance du 17 mai 2010 pour le surplus.

V. compense les dépens.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs) pour l'appelant, et à 300 fr. (trois cents francs) pour l'intimée, sont laissés à la charge de l'Etat.

- IV.** L'appelant I._____ doit verser à l'intimée R._____ la somme de 880 fr. (huit cent huitante francs) à titre de dépens d'appel.
- V.** L'indemnité d'office de Me Gutowski, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'749.60 (mille sept cent quarante-neuf francs et soixante centimes) et celle de Me Carré, conseil de l'intimée, à 907 fr. 20 (neuf cent sept francs et vingt centimes).
- VI.** Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'article 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 18 avril 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 Adrien Gutowski (pour I. _____),
- Me Olivier Carré (pour R. _____).

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 de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :