JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 avril 2011

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffière: Mme Egger Rochat

*****

Art. 308, 310, 314 al. 1 et 317 al. 1 CPC; 137 al. 2, 163 al. 1 et 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **Z._____**, à Renens, intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 13 janvier 2011 par le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **W._____**, à Lausanne, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

E n f a i t :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 13 janvier 2011, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne a attribué la jouissance du domicile conjugal, sis chemin du Mottey à Renens, à l'intimé, qui en paiera les frais et les charges (I); dit que l'intimé contribuera à l'entretien de la requérante W._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'000 fr. payable d'avance le premier de chaque mois en mains de celle-ci dès et y compris le 1er novembre 2010 (II); rendu la présente décision sans frais ni dépens (III); et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a fixé la contribution d'entretien selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC en appliquant la méthode dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Les minima vitaux des époux s'élevaient à 6'305 fr. 40 par mois. Après prélèvement de ce montant des ressources des époux, il restait un solde disponible de 2'297 fr. 80. Chaque époux ayant droit à une quote-part de 1'148 fr. 90, il a estimé adéquat de fixer une contribution d'entretien arrondie à 1'000 fr. par mois en faveur de la requérante, payable dès et y compris le 1er novembre 2010, la date de départ du domicile conjugal de la demanderesse étant inconnue.

B. Par acte du 24 janvier 2011, Z._____ a formé appel contre cette décision en concluant à ce qu'il n'est pas astreint à verser une contribution d'entretien à l'intimée W._____ et a produit un bordereau de pièces.

Par décision du 4 février 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté la requête d'effet suspensif de l'appelant Z._____.

Par prononcé du 8 mars 2011, le juge délégué a accordé l'assistance judiciaire à W._____ avec effet au 10 février 2011; par

prononcé du 6 avril 2011, il l'a accordée à Z._____ avec effet au 31 mars 2011.

Le 18 mars 2011, l'intimée a déposé une réponse en concluant au rejet de l'appel et a produit un bordereau de pièces.

Par lettre du 4 avril 2011, l'appelant s'est déterminé sur les pièces 108 et 109 produites par l'intimée.

Par courriers des 27 avril et 3 mai 2011, les conseils des appelant et intimée ont déposé une liste de leurs opérations.

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

1) W._____ et Z._____ se sont mariés le 27 septembre 2006 au Portugal.

La requérante est mère de trois enfants, nés en 1999, 2000 et 2002 d'une précédente relation, domiciliés au Brésil et placés sous la garde de leur grand-mère maternelle. Elle travaille au service de la société [...] et perçoit un salaire mensuel net de 3'142 fr. 20, versé douze fois l'an. Sa prime mensuelle d'assurance–maladie s'élève à 262 fr. 20 et ses frais de transports se montent à 118 fr. par mois. La requérante ayant quitté le domicile conjugal, elle doit trouver un nouveau logement et le premier juge a estimé son loyer à 850 fr. par mois.

L'intimé est père d'un enfant, âgé de 19 ans, actuellement en apprentissage. Il travaille auprès de [...] et réalise un salaire mensuel net de 5'040 fr. 90, versé treize fois l'an. Il assume chaque mois les charges suivantes: un loyer de 730 fr., une prime d'assurance-maladie de 263 fr. 20, des frais de déplacement de 60 fr., un acompte d'impôts, calculé provisoirement sur le revenu et la fortune 2010, de 531 fr. et une

contribution alimentaire de 1'000 fr., fixée en faveur de son fils selon jugement de divorce du 6 avril 2005.

2) Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 6 octobre 2010, W._____ a notamment conclu à ce que Z._____ contribue à son entretien par le versement d'une pension alimentaire de 2'500 fr. par mois, payable dès et y compris le 1er juillet 2010 (III).

Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 novembre 2010, transformée en audience de mesures provisionnelles à la suite du dépôt d'une demande unilatérale en divorce par Z._____, la requérante a confirmé les conclusions prises au pied de sa requête du 6 octobre 2010; l'intimé a conclu à leur rejet, à l'exception de celle tendant à la séparation.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC; Code de procédure civile du 19 décembre 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).

Formé en temps utile dans le délai légal de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC) 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.

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, 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).

Les pièces produites par les parties ne sont pas recevables en appel, excepté en ce qui concerne la situation récente des enfants de l'intimée.

D'une part, 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 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137). Or, en l'espèce, l'appelant n'invoque pas de fait nouveau par rapport à ce qui était agité en première instance. Il en va de même pour ce qui concerne l'intimée, excepté en ce qui concerne ses enfants, comme on le verra ci-dessous.

D'autre part, une instruction d'office ne se justifie pas dans le cadre de l'appel. Il est vrai que 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 preuves 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, ZPO-Komm, 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 nova 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 ou 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 nova seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2è éd., no 2410 p. 437). Des nova peuvent cependant être 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., JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415, p. 438).

L’intimée a produit des pièces selon lesquelles deux de ses enfants disposent en Suisse d’une couverture d’assurance-maladie depuis le 9 février 2011, à savoir postérieurement à l’audience du premier juge tenue le 9 novembre 2010. Elle est dès lors admise à invoquer ces moyens de preuve, soit les pièces 108 et 109, qui sont nouveaux et ne pouvaient être produits en première instance au sens de l’art. 317 al. 1 let. b CPC.

3. a) L’appelant prétend tout d’abord que l’intimée n’a pas droit à une contribution d’entretien dès lors qu’elle a quitté le domicile conjugal

depuis plusieurs mois et exerce une activité lucrative lui permettant de subvenir à son entretien.

En vertu de l'art. 137 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210; disposition abrogée le 1er janvier 2011, mais applicable néanmoins aux procédures de divorce soumises à l'ancien droit, cf. Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JT 2010 III 14), le juge ordonne, sur requête, les mesures provisoires nécessaires pour la durée de la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC) sont applicables par analogie. D'après 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 al. 1 CC. Chacun des époux a le droit de participer de manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 consid. 4b/aa).

Le montant de la contribution d'entretien 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 en cas de situations financières moyennes et tant que dure le mariage (art. 176 al. 1 ch. 1 et 137 al. 2 CC en relation avec l'art. 163 al. 1 CC), 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. 93 LP; loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1), 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 consid. 3c et les arrêts cités) ou que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 consid. 4b/bb). Il incombe au créancier de la contribution d'entretien de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 consid. 2 p. 425; arrêt 5A_732/2007 consid. 2.2).

Le premier juge a indiqué vouloir appliquer cette méthode. Tablant sur un excédent ou disponible global de 2'297 fr. 80, il a exposé que celui-ci devait « être partagé par moitié entre les époux, d'où une quote-part de 1'148 fr. 90 pour chacun d'eux » et considéré qu'une contribution d'entretien de 1'000 fr. était adéquate.

Il faut tout d'abord constater qu'une erreur de calcul s'est glissée dans la détermination du disponible global effectuée par le premier juge, puisque c'est un montant de 3'874 fr. 20, et non pas de 3'784 fr. 20, qui a été pris en compte au titre du minimum vital de l'appelant. Ensuite, seul celui-ci a vu inclus dans son minimum vital un montant au titre des impôts alors que rien n'exclut que l'intimée doive en payer également. Enfin et surtout, une fois déterminé le disponible global, on ne saurait allouer environ la moitié de celui-ci à l'époux créancier au titre de contribution d'entretien, sans tenir compte du disponible particulier dont il bénéficie d'ores et déjà après déduction sur son salaire de son minimum vital, comme semble avoir procédé le premier juge. Le calcul doit dès lors être refait comme il suit.

L'appelant gagne 5'040 fr. 20 fr. par mois, bénéficie d'une part au treizième salaire mensuelle de 420 fr. et son minimum vital s'élève à 3'784 fr. 20, à réduire de la part d'impôts de 531 fr. dès lors que le minimum vital de l'intimée fait abstraction d'une charge à ce titre. Le solde disponible s'élève ainsi à 2'207 fr. Quant à l'intimée, elle gagne 3'142 fr. 20 par mois et son minimum vital s'élève à 2'431 fr. 20, de sorte que son solde disponible s'élève à 711 fr. Une demi part du solde global, par 2'918 fr., équivaut à 1'459 fr. Comme l'intimée dispose déjà d'un solde disponible de 711 fr., c'est un montant de 748 fr. qui lui revient. Divers éléments entrent encore en considération. Ainsi, la charge fiscale de l'intimée doit être moindre que celle de l'appelant vu la différence de leurs revenus. L'appelant dispose d'un logement dont le loyer est modéré, alors que l'intimée doit se procurer un logement sur un marché difficile.

En revanche, on ne peut pas tenir compte, comme le requiert l'intimée, de ce qu'elle aurait la charge de trois enfants, dont deux

seraient désormais auprès d'elle en Suisse. A l'issue de l'instruction en présence des parties lors de l'audience du 9 novembre 2010, le premier juge a retenu que l'intimée était la mère de trois enfants nés en 1999, 2000 et 2002 d'une précédente relation et que ceux-ci étaient domiciliés au Brésil sous la garde de leur grand-mère maternelle. On ignore cependant tout au sujet de la charge de l'entretien de ces enfants, que ce soit eu égard à la responsabilité de leur père ou au caractère effectif d'une contribution de leur mère. Lorsque celle-ci se borne à produire des polices d'assurance-maladie pour deux de ses enfants établies à compter du 12, respectivement du 19 février 2011, à savoir postérieurement au dépôt de l'appel, elle ne démontre pas qu'ils séjourneraient effectivement en Suisse auprès d'elle et qu'elle devrait assumer leur entretien. Dans le cadre de l'examen des nova invoqués par l'intimée, il n'y a pas lieu de procéder d'office à de plus amples investigations.

L'intimée ne saurait au surplus remettre en cause le fait, retenu par le premier juge, que l'appelant est le débiteur d'une contribution mensuelle de 1'000 fr. pour son fils en formation. Une telle contribution a été prévue par jugement de divorce et l'intimée n'a pas requis la production de pièces à ce sujet en première instance.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de fixer en équité la contribution d'entretien en faveur de l'intimée à un montant de 500 francs.

b) L'appelant fait valoir en vain que l'intimée aurait quitté le domicile conjugal en 2007 déjà. Cette circonstance, si elle était établie, ce qui n'est pas le cas puisque la décision entreprise retient qu'on ignore la date de la séparation, malgré qu'apparemment plusieurs témoins aient été entendus à ce sujet, ne serait pas déterminante. En effet, le fait que l'intimée aurait pu subvenir à ses besoins essentiels durant un certain temps déjà, alors qu'aucune procédure n'était en cours, ne permet pas de considérer qu'elle se trouverait désormais déchue de son droit à un partage de l'excédent.

c) L’appelant ne peut pas non plus tirer argument de ce qu’une procédure de divorce est pendante pour nier tout droit de son épouse à une contribution d’entretien.

Il est vrai qu’après le dépôt d'une demande de divorce, lorsqu’une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable, l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires de l'art. 137 al. 2 CC (ATF 130 III 537 consid. 3.2). Ce sont ainsi les critères applicables à l'entretien après divorce qui doivent être pris en considération pour évaluer l'entretien et, en particulier, la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (ATF 128 III 65 consid. 4a p. 67/68). Il n'en demeure pas moins que le fondement de l'obligation d'entretien est bien l'art. 163 CC, et non l'art. 125 CC, lequel concerne l'entretien après le divorce (même arrêt). Le fait que le crédirentier est à même de couvrir ses charges incompressibles ne signifie donc pas nécessairement qu’il n'a pas droit à une contribution d'entretien. Il faut en effet qu'il puisse pourvoir à son entretien convenable, lequel est essentiellement déterminé par le niveau de vie des époux durant le mariage (art. 125 al. 2 ch. 3 CC; ATF 129 III 7 consid. 3.1.1). Si l'époux crédirentier déploie déjà sa pleine capacité de gain, il est ainsi possible d'appliquer la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet de faire bénéficier l'intéressé d'un niveau de vie supérieur à celui mené par le couple durant la vie commune (arrêt 5A_409/2007 du 14 novembre 2007, consid. 4.1 et les arrêts cités).

En l’espèce, la répartition de l’excédent susmentionnée ne conduit pas à un tel résultat. Au surplus, l’appelant ne prétend pas que l’intimée aurait la faculté de réaliser un revenu supérieur à celui qu’elle obtient actuellement. Il est vrai cependant que le mariage a duré peu de temps et que l’intimée ne devrait pas avoir droit à une contribution d’entretien après divorce. Dans ces conditions, il se justifie de limiter dans le temps le droit à une pension provisionnelle, afin d’éviter des procédés dilatoires.

Vu l’avancement de la procédure, c’est ainsi pour une année qu’une contribution doit être allouée à l’intimée.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel de Z._____ est partiellement admis et l'ordonnance de mesures provisionnelles réformée dans le sens du dispositif ci-dessous.

5. Aucune des parties n'obtenant entièrement gain de cause, il se justifie de partager les frais judiciaires (art. 106 al. 2 CPC).

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

Conformément à l'art. 123 al. 1 CPC, une partie est tenue de rembourser l'assistance judiciaire dès qu'elle est en mesure de le faire. Dans cette mesure, les parties sont tenues au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de leurs conseils d'office mis à la charge de l'Etat

L'appelant n'obtenant que partiellement gain de cause, les dépens sont compensés.

6. Comme indiqué dans la liste des opérations produite par le conseil de l'appelant, on peut fixer à 4 heures et 45 minutes le temps consacré par celui-ci à l'accomplissement des opérations de la procédure d'appel. Le tarif horaire de l'avocat étant de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile]; RSV 211.02.3), l'indemnité, due au conseil d'office de l'appelant,

doit être arrêtée à 945 fr., TVA et débours estimés à 20 fr. compris (([4,75 x 180] + 20) + ([855 + 20] x 8%)).

Selon la liste des opérations produite par le conseil de l'intimée, un avocat-stagiaire a consacré 14 heures à la rédaction de la réponse. Ledit conseil étant toutefois déjà intervenu en première instance au sujet des questions litigieuses et celles-ci n'étant pas particulièrement complexes, il y a lieu de ne retenir que 8 heures pour le temps consacré par un avocat-stagiaire à l'accomplissement des opérations de la procédure d'appel. Le tarif horaire de l'avocat-stagiaire étant de 110 fr. (art. 2 al. 1 let. b RAJ), l'indemnité, due au conseil d'office de l'intimée, doit être arrêtée à 972 fr. TVA et débours estimés à 20 fr. compris (([8 x 110] + 20) + ([880 + 20] x 8%)).

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 partiellement admis.

II. L'ordonnance est réformée comme il suit au chiffre II de son dispositif:

II. dit que l'intimé Z._____ contribuera à l'entretien de la requérante W._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 500 fr. (cinq cents francs) payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de celle-ci dès et y compris le 1er novembre 2010 pour une durée de douze mois;

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'indemnité d'office de Me Jean-Marc Courvoisier, conseil de l'appelant Z._____, est arrêtée à 945 fr. (neuf cent quarante-cinq francs) et celle de Me Christine Marti, conseil de l'intimée W._____, à 972 fr. (neuf cent septante-deux francs).

V. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué : La greffière:

Du 6 mai 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 Jean-Marc Courvoisier (pour Z._____),
- Me Christine Marti (pour W._____).

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 Lausanne.

La greffière: