

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 juin 2012

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

Art. 176 al. Ch. 1 CC ; 308 al. 1 let. b et 314 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **G.**_____, à [...],
requérante, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union
conjugale rendu le 16 mai 2012 par la Présidente du Tribunal civil de
l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec
A.N._____, à [...], intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du
Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé du 16 mai 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rappelé la convention du 29 mars 2012 ratifiée pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale dont la teneur est la suivante :

« I. Parties conviennent de vivre séparément pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation est intervenue le 1^{er} mai 2011.

II. La garde sur les enfants B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...]2005, est confiée à leur mère, G._____.

A.N._____ jouira d'un libre et large droit de visite sur ses enfants à fixer d'entente entre les parents.

A défaut d'entente, il pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00.

Concernant les vacances scolaires, A.N._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui :

- la deuxième semaine des vacances d'octobre,
- alternativement la première ou la deuxième semaine des fêtes de Noël, tout en précisant que les fêtes de fin d'année se passeront alternativement chez l'un ou l'autre parent,
- la deuxième semaine des vacances de Pâques,
- et les deux premières semaines des vacances d'été.

A.N._____ donnera, avec un préavis de deux mois, les lieux de destination de vacances où il entend se rendre avec les enfants, ainsi que les adresses complètes et numéros de téléphones fixes et portables sur lesquels les enfants pourront être joints. » (I) ;

A dit que A.N._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de G._____, d'un montant de 85 fr., les éventuelles allocations familiales étant dues en sus (II) ; dit que la

présente décision est rendue sans frais ni dépens (III) ; et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

En droit, le premier juge a appliqué la méthode dite du minimum vital pour calculer la contribution d'entretien due par le parent qui n'a pas la garde des enfants. Il a retenu que le budget de la requérante accusait un déficit de 424 fr. 85 par mois. Pour ce qui concerne l'intimé, le premier juge a considéré que compte tenu des avis contradictoires du centre hospitalier et de la compagnie d'assurances, il manquait d'éléments pour déterminer la capacité financière de l'intimé. Se basant sur les derniers salaires et retenant provisoirement que l'intimé pouvait travailler à un taux de 70%, le premier juge a retenu que celui-là était en mesure de réaliser un salaire net de l'ordre de 2'750 fr. par mois. Après en avoir déduit les charges mensuelles, il a retenu que l'intimé disposait d'un solde de 87 fr. 80 par mois. Si ce montant ne suffisait pas à couvrir les charges de la requérante, l'on ne pouvait cependant pas entamer le minimum vital de l'intimé.

B. Par acte du 31 mai 2012, G._____ a fait appel de ce prononcé, concluant à sa réforme, en ce sens que la contribution d'entretien due mensuellement par A.N._____ est fixée à 1'560 fr., allocations familiales en sus, et ce dès le 1^{er} février 2012.

Le même jour, la recourante a requis l'assistance judiciaire. Elle a été dispensée de l'avance de frais par décision du 21 juin 2012, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

Par courrier du 27 juin 2012, le conseil d'office de l'appelante a déposé une liste de ses opérations et débours.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

1) G._____ et A.N._____ se sont mariés le [...] 2000, et ont eu deux enfants : B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...] 2005.

2) La requérante est pharmacienne responsable salariée de la pharmacie SA. Travaillant à 80%, elle a réalisé en 2011 un salaire net de 5'368 fr. 25 net par mois.

Elle vit avec ses deux enfants et jouit du domicile conjugal dont les charges annuelles sont les suivantes : 13'792 fr. 36 à titre d'intérêts hypothécaires, 1'833 fr. 05 de frais de chauffage, 513 fr. 60 de frais d'épuration SIGE, 519 fr. de frais d'eau à la commune de [...], 252 fr. 50 d'impôt foncier, 366 fr. 50 de frais d'assurance pour le bâtiment et 310 fr. 45 de frais d'assurance ECA, soit un total de 17'587 fr. 45, ce qui équivaut à 1'465 fr. 60 par mois.

Au vu des pièces produites par la requérante, ses frais de garde se montent à 1'000 fr. par mois au maximum. Chaque mois, elle assume encore des frais de transport de 238 fr. et s'acquitte de 939 fr. 50 à titre de primes d'assurance-maladie (LAMal et LCA) pour elle et ses enfants.

3) L'intimé est informaticien de formation.

Selon un courrier établi le 20 janvier 2011 par le Pr [...], chef de service du centre hospitalier, l'intimé est atteint de sclérose en plaques. Il y expose notamment qu'il lui semble « que l'activité à 100% dans un travail d'informaticien ne pourra pas être maintenu ; un taux plus réaliste serait de 70%. Dans ce contexte et à cause des difficultés attentionnelles, il y aura probablement une diminution du rendement, surtout dans un poste exigeant. L'ampleur exacte de cette diminution du

rendement devrait être aussi déterminée pratiquement, mais le rendement pourrait se situer autour de 70% ».

Selon les déclarations de l'intimé, une procédure est toujours en cours suite à sa demande déposée auprès de l'assurance-invalidité il y a deux ans pour bénéficier de mesures de reconversion. L'Office AI aurait estimé son invalidité à 50%.

La compagnie d'assurances a versé des indemnités perte de gain journalières de 167 fr. (pour une incapacité à 100%), soit environ 5'100 fr. par mois, jusqu'au 31 janvier 2012. Cette compagnie d'assurances a estimé qu'il n'existait aucune indication médicale justifiant une incapacité de travail complète ou partielle et ceci depuis de nombreux mois. Elle laissait ainsi le soin à l'intimé de s'annoncer au chômage pour le 40% restant tenant compte de son contrat de travail actuel à 60%, ceci dès le 1^{er} février 2012.

L'intimé a travaillé à un taux de 60% en qualité d'agent de contrôle dans les remontées mécaniques de [...] pour la société [...] SA, activité qui, selon ses déclarations, s'est terminée le 15 avril 2012. Il réalisait ainsi un salaire mensuel brut de 2'173 fr., lequel s'est monté net à 3'432 fr. 55 au mois de janvier 2012 et à 2'075 fr. 15 au mois de février 2012, en raison du nombre variable d'heures supplémentaires effectuées.

Déclarant être à la recherche d'un emploi, l'intimé a expliqué être « en fin de droit depuis longtemps » s'agissant des prestations du chômage et a expliqué que, rapidement fatigué, il ne serait pas en mesure de travailler à plein temps sur une longue période.

L'intimé logeant dans le chalet de famille, dont il est copropriétaire avec sa sœur à parts égales, il a été retenu qu'il assumait un montant mensuel de 400 fr. pour ses frais de chauffage et d'entretien du chalet.

Chaque mois, il supporte 280 fr. 20 de primes d'assurance-maladie, auxquels doivent être ajoutés les montants de 25 fr. pour sa franchise et de 58 fr. pour la quote-part maximale dont il doit s'acquitter en sus de sa prime compte tenu des frais engendrés par sa maladie. Il assume également un montant de 449 fr. par mois pour sa prime d'assurance accidents et maladie et paie 250 fr. pour ses frais de transport, montant retenu d'un commun accord avec son épouse.

4) Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 31 janvier 2012, G. _____ a conclu notamment à ce que A.N. _____ soit astreint à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle non inférieure à 2'000 fr., allocations familiales en sus.

Lors de l'audience du 29 mars 2012, les parties ont été entendues et sont parvenues à un accord partiel concernant la garde des enfants et les modalités du droit de visite, tel que transcrit dans la convention ratifiée séance tenante par le premier juge et rappelée dans le dispositif du prononcé querellé.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, p. 121). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du 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., 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, 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).

3. a) En application de l'art. 317 al. 1^{er} CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils 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 (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317 CPC, p. 1266).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JT 2011 III 43).

4. a) L'appelante fait valoir que les indemnités journalières versées par la compagnie d'assurances jusqu'en janvier 2012 doivent continuer à être prises en considération dans le revenu de l'intimé. Elle prétend que, dès lors qu'une incapacité de travail a été constatée médicalement, l'assurance n'aurait pas dû mettre fin au versement des indemnités.

Il n'est pas contesté que l'intimé ne perçoit plus les indemnités de l'assurance de perte de gain depuis février 2012. Il faut donc déterminer si de tels revenus pourraient être pris en compte à titre de revenus hypothétiques pour calculer la contribution d'entretien due en vertu de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210).

b) Même constatée médicalement, une incapacité de travail ne donne pas encore droit à une rente de l'assurance-invalidité. Pour que l'on puisse tenir compte d'une telle rente sous l'angle d'un revenu hypothétique, il faut que le droit à l'obtenir soit établi ou, à tout le moins, hautement vraisemblable (TF 5A_51/2007 du 24 octobre 2007 c. 4.3.2).

c) En l'espèce, il ressort des renseignements médicaux figurant dans la décision attaquée que le taux d'activité qu'on peut exiger de l'intimé se situe autour de 70%. En outre, compte tenu de la sclérose en plaque, son rendement dans un poste d'informaticien serait diminué et pourrait se situer également autour de 70%.

L'intimé a exercé jusqu'à très récemment une activité professionnelle à 60 % en qualité d'agent de contrôle des remontées mécaniques de [...]. C'est sur cette base que le premier juge a retenu que l'intimé est en mesure de réaliser au minimum un revenu net de l'ordre de 2'750 fr. Cette appréciation n'est pas critiquable et l'appelante ne démontre pas concrètement que l'intimé pourrait obtenir un salaire supérieur.

Par ailleurs, il n'est pas établi que l'intimé pourrait prétendre à une rente de l'assurance-invalidité, vu le taux d'activité retenu en l'état par les médecins.

Il n'y a donc pas de raison de modifier la capacité contributive retenue en première instance.

5. L'appelante invoque encore des frais de garde plus élevés que ceux retenus dans la décision de première instance. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner ce moyen, vu le disponible de l'intimé de 85 fr. retenu selon la décision de première instance et rien ne justifiant d'entamer son minimum.

6. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le prononcé attaqué confirmé.

7. L'appelante a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire. Compte tenu de la modicité de la contribution d'entretien fixée en première instance, l'on peut admettre que l'appel n'était pas dépourvu de toute chance de succès au sens de l'art. 117 let. b CPC.

Par conséquent, il se justifie d'accorder l'assistance judiciaire à l'appelante dans le cadre de la procédure d'appel et de désigner Me Laure Chappaz comme conseil d'office. L'appelante versera dès lors une franchise de 50 fr. par mois, dès et y compris le 1^{er} août 2012, auprès du Service juridique et législatif à Lausanne (art. 5 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]).

Au vu de la liste des opérations produite par le conseil de l'appelante, on peut fixer à 5 heures et 30 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), l'indemnité due au conseil d'office de l'intimée doit être arrêtée à 1'123 fr. 20, TVA et débours compris ([5,5 x 180 fr.] + 79 fr. 20 + 50 fr. de débours et 4 fr. de TVA).

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, la partie est tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'appelante ayant succombé, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC) sont laissés à la charge de l'Etat (art. 106 al. 1 et 122 al. 1 CPC).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens.

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. Le prononcé est confirmé.
- III. L'assistance judiciaire est accordée à l'appelante G. _____ avec effet au 20 mai 2012 dans la procédure d'appel, Me Laure Chappaz étant désignée conseil d'office.

- IV.** G._____ est astreinte à payer une franchise de 50 fr. (cinquante francs) dès et y compris le 1^{er} août 2012, à verser auprès du Service juridique et législatif à Lausanne.
- V.** L'indemnité de Me Laure Chappaz, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'123 fr. 20 (mille cent vingt-trois francs et vingt centimes), TVA et débours compris.
- VI.** Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appelante, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VII.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VIII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 29 juin 2012

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 Laure Chappaz (pour G. _____),
- M. A.N. _____.

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 Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :