

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 29 janvier 2019

Composition : M. STOUDMANN, juge délégué
Greffière : Mme Pitteloud

* * * * *

Art. 276 al. 1 CPC ; 179 al. 1 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **B.N.**_____, à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 15 novembre 2018 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **D.N.**_____, à [...], requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 15 novembre 2018, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge ou la présidente) a constaté que le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant K._____, né le [...] 2007, s'élevait à 1'900 fr. 45 par mois et que celui de l'enfant S._____, né le [...] 2014, s'élevait à 1'692 fr. 25 par mois (I), a astreint D.N._____ à contribuer à l'entretien de l'enfant K._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'000 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en main de B.N._____ dès et y compris le 1^{er} novembre 2018 (II), a astreint D.N._____ à contribuer à l'entretien de l'enfant S._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 700 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en main de B.N._____ dès et y compris le 1^{er} novembre 2018 (III), a dit que D.N._____ contribuerait par moitié à tous les éventuels frais extraordinaires d'éducation et de santé de ses fils K._____ et S._____ (par exemple les frais dentaires, orthodontiques, lunettes, frais scolaires ou de formation extraordinaires), sur présentation des justificatifs y relatifs (IV), a statué sur les frais (V et VII), a rappelé la teneur de l'art. 123 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) (VI), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (IX).

En droit, le premier juge a considéré que les charges de D.N._____ avaient notablement augmenté, ce qui justifiait une modification des mesures instaurées par l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 mars 2016. Le premier juge a retenu que le revenu de D.N._____ ascendait à 6'488 fr. 20 et que ses charges s'élevaient à 4'782 fr. 40, frais de véhicule par 1'548 fr. 20 (89 fr. 95 [assurance] + 1'458 fr. 25 [frais de transport]) compris, de sorte que son budget présentait un disponible de 1'705 fr. 80 (6'488 fr. 20 - 4'782 fr. 80). Quant à B.N._____, son budget présentait un *manco* de 2'458 fr. 40,

si bien qu'une contribution de prise en charge de 1'229 fr. 20 (2'458 fr. 40 / 2) devait être ajoutée aux coûts directs des enfants, arrêtés à 671 fr. 25 pour K._____ et à 453 fr. 05 pour S._____. Au vu des chiffres précités, le premier juge a considéré que le disponible de D.N._____ devait servir à couvrir par 59 % une part de l'entretien convenable de K._____ et par 41 % une part de celui de S._____. Dès lors que son minimum vital devait être préservé, le premier juge a constaté que D.N._____ n'était pas en mesure de contribuer à l'entretien de B.N._____.

B. **a)** Par acte du 27 novembre 2018, B.N._____ a interjeté appel de l'ordonnance du 15 novembre 2018, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la requête de D.N._____ du 10 juillet 2018 soit rejetée. Elle a produit un onglet de pièces de forme sous bordereau. Elle a requis que l'effet suspensif soit octroyé à son appel, requête qui a été rejetée par ordonnance du juge délégué du 4 décembre 2018. Elle a également requis le bénéfice de l'assistance judiciaire, lequel lui a été accordé par ordonnance du juge délégué du 30 novembre 2018.

b) Par réponse du 14 décembre 2018, D.N._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Il a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire, lequel lui a été accordé par ordonnance du juge délégué du 17 décembre 2018.

c) Une audience a été tenue par le juge délégué le 14 janvier 2019.

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

1. D.N._____ et B.N._____ se sont mariés le [...] 2006 à [...]. Deux enfants sont issus de cette union, à savoir K._____, né le [...] 2007, et S._____, né le [...] 2014.

2. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 mars 2016, la présidente a astreint D.N._____ à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une contribution mensuelle de 2'900 fr., allocations familiales en sus. Cette ordonnance a retenu que les revenus mensuels nets globaux de D.N._____ s'élevaient à 6'502 fr. 20, tandis que ses charges mensuelles incompressibles s'élevaient à 3'667 francs. Il ressort de cette ordonnance qu'un montant de 175 fr. pour l'exercice du droit de visite a été pris en compte dans les charges de D.N._____, dès lors que l'intéressé « était le jour de l'audience sur le point de signer un bail pour un appartement à [...] (FR) ». Il en ressort également qu'un montant de 435 fr. par mois a été pris en compte pour les frais inhérents au véhicule de D.N._____.

3. a) Le 10 juillet 2018, D.N._____ a déposé une demande unilatérale en divorce.

b) Le même jour, il a adressé à la présidente une requête de mesures provisionnelles tendant en substance à la révision à la baisse du montant de la contribution d'entretien. A l'appui de sa requête, D.N._____ a fait valoir que depuis le 1^{er} mars 2016, il était locataire d'un appartement à [...], ce qui avait notamment entraîné une augmentation de ses frais de transport.

Le 19 septembre 2018, B.N._____ a conclu au rejet de la requête.

Une audience a été tenue le 27 septembre 2018 par la présidente.

4. La situation personnelle est financière des parties est la suivante :

a) D.N._____ perçoit un revenu mensuel net de 6'488 fr. 20. Ses charges incompressibles peuvent être arrêtées à 4'692 fr. 45 (1'200 fr. [minimum vital] + 175 fr. [droit de visite] + 1'400 fr. [loyer] + 220 fr. 50

[assurance-maladie] + 1'458 fr. 25 [frais de véhicule] + 238 fr. 70 [frais de repas]).

D.N. _____ paie 89 fr. 95 par mois pour l'assurance de son véhicule.

b) B.N. _____ ne perçoit aucun revenu. Ses charges s'élèvent à 2'458 fr. 40.

c) Les coûts directs de K. _____ s'élèvent à 667 fr. 15. Quant aux coûts directs de S. _____, ils s'élèvent à 471 fr. 75.

En droit :

1.

1.1 Conformément à l'art. 308 al. 1 let. b CPC, l'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est de 10'000 fr. au moins (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). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant la première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

3.

3.1 B.N. _____ (ci-après : l'appelante) fait grief au premier juge d'avoir violé l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210). Selon l'appelante, l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 mars 2016 avait tenu compte du nouveau domicile de D.N. _____ (ci-après : l'intimé) à [...], de sorte qu'aucun changement ne serait survenu entre l'ordonnance précitée et l'ordonnance entreprise. Elle soutient par ailleurs que les pièces produites pour justifier de l'augmentation des frais de véhicule et de repas auraient pu être produites en 2016 déjà et que l'intimé aurait pu les faire valoir dans une procédure d'appel. Selon l'appelante, en considérant que les conditions de l'art. 179 CC étaient remplies, le premier juge aurait violé les principes de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Elle relève encore que le premier juge aurait à tort ajouté le montant de l'assurance aux frais de transport de l'intimé.

De son côté, l'intimé soutient que l'ordonnance du 17 mars 2016 n'avait pas tenu compte des frais de transport et de repas engendrés par son déménagement dans le canton de Fribourg. Ce serait ainsi à raison que le premier juge a procédé à un nouveau calcul de ces

frais afin qu'ils correspondent à sa situation actuelle. Pour le surplus, l'intimé admet que la prime d'assurance n'aurait pas dû être ajoutée aux frais de transport comptabilisés à hauteur de 70 centimes par kilomètre.

3.2

3.2.1 Les époux peuvent solliciter la modification de mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, ou encore si le juge s'est fondé sur des faits qui se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (art. 179 al. 1 CC ; TF 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 et la jurisprudence citée). Est essentiel et durable un changement significatif et non temporaire survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue (TF 5A_571/2018 du 14 septembre 2018 consid. 5.1.1). La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1).

Le Tribunal fédéral a considéré qu'une période de chômage inférieure à quatre mois n'était pas « durable » au sens de l'art. 179 al. 1 CC (TF 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 4.2).

3.2.2 Selon la jurisprudence, sont pris en compte pour établir les frais de transport les coûts fixes et variables (frais d'essence, primes d'assurance, montant approprié pour l'entretien), y compris l'amortissement (TF 5A_779/2015 du 12 juillet 2016 consid. 5.3.3.2, FamPra.ch 2016 p. 976, alors que la jurisprudence antérieure excluait l'amortissement, en considérant qu'il ne servait pas à l'entretien, mais à la constitution du patrimoine : TF 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 4.2.3). A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé admissible de tenir compte d'un forfait par kilomètre, englobant l'amortissement (TF 5A_779/2015 du 12 juillet 2016 consid. 5.3.3.2, FamPra.ch 2016 p. 976). Ce montant forfaitaire tient compte des assurances (CACI 12 juin 2017/228 consid. 3.3 *in fine*).

3.3

3.3.1 En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si l'intimé était en mesure de faire valoir l'augmentation de ses frais de transport et de repas en interjetant appel de l'ordonnance du 17 mars 2016. Par analogie avec ce qui prévaut en matière de chômage, force est de constater que les nouvelles charges de l'appelant n'étaient pas durablement établies au moment de l'échéance du délai d'appel, l'intéressé ayant déménagé au mois de mars 2016. C'est ainsi à raison que le premier juge a considéré que les conditions de l'art. 179 al. 1 CC étaient remplies et qu'il a tenu compte des charges nouvellement alléguées par l'intimé. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'analyser plus avant les griefs de violation du principe de l'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire invoqués par l'appelante.

3.3.2 Il y a toutefois lieu de corriger le minimum vital de l'intimé tel qu'arrêté par le premier juge, l'assurance de son véhicule ayant à tort été comptabilisée dans ses frais de véhicule. Il convient ainsi de réduire ses charges mensuelles de 89 fr. 95. Au vu de son revenu de 6'488 fr. 20 et de ses charges de 4'692 fr. 45 (4'782 fr. 40 - 89 fr. 95), le budget de l'intimé présente un disponible de 1'795 fr. 75 (6'488 fr. 20 - 4'692 fr. 45). Par conséquent, l'intimé doit être astreint à contribuer à l'entretien de K._____ à hauteur de 1'059 fr. 50 (1'795 fr. 75 x 49 %) et à l'entretien de S._____ à hauteur de 736 fr. 25 (1'795 fr. 75 x 41 %).

4.

4.1 Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et les chiffres II et III du dispositif de l'ordonnance entreprise doivent être réformés en ce sens que la contribution d'entretien en faveur de K._____ doit être arrêtée à 1'059 fr. 50 et celle en faveur de S._____ à 736 fr. 25.

4.2 Les frais judiciaires de deuxième instance seront arrêtés à 800 fr., soit 600 fr. pour l'appel (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires

civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]) et 200 fr. pour la requête d'effet suspensif (art. 7 al. 1 et 60 TFJC). L'appelante ayant conclu à une augmentation des contributions d'entretien de 1'200 fr. (2'900 fr. - [1000 fr. + 700 fr.]) et n'ayant obtenu qu'une augmentation de 95 fr. 75 ([1'059 fr. 50 - 1000 fr.] + [736 fr. 25 - 700 fr.]), il se justifie de mettre à sa charge les 5/6 de l'émolument forfaitaire de décision, soit 500 fr. (600 fr. x 5/6), ainsi que les frais de la procédure d'effet suspensif, par 200 fr., ce qui donne un total de 700 fr., le solde, par 100 fr. (800 fr. - 700 fr.), étant mis à la charge de l'intimé (art. 106 al. 2 CPC). Les frais judiciaires de deuxième instance seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat, compte de tenu de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

4.3

4.3.1 Me Olivier Constantin, conseil d'office de l'appelante B.N._____, doit être rémunéré pour les opérations réalisées dans le cadre de la procédure de deuxième instance. Dans sa liste des opérations du 14 janvier 2019, l'avocat Olivier Constantin indique avoir consacré 9 h 15 à la procédure d'appel, ce qui peut être admis. L'indemnité de Me Olivier Constantin peut ainsi être arrêtée, pour la procédure d'appel, au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), à 1'665 fr. (180 fr. x 9 h 15), montant auquel il faut ajouter 120 fr. à titre de forfait de vacation et la TVA de 7,7 % sur le tout, par 137 fr. 45, ce qui donne un total de 1'922 fr. 45.

4.3.2 Me Jean-Christophe Oberson, conseil d'office de l'intimé D.N._____, doit lui aussi être rémunéré pour les opérations réalisées dans le cadre de la procédure de deuxième instance. Dans sa liste des opérations du 14 janvier 2019, l'avocat Jean-Christophe Oberson indique que son avocate-stagiaire a consacré 8 h 35 à la procédure d'appel, ce qui peut être admis. Il annonce également des débours par 42 fr. 80 - comprenant 28 fr. 50 de photocopies - et 80 fr. à titre de forfait de vacation. Il convient de relever que les photocopies ont été facturées au tarif de 50 centimes l'unité, alors que le tarif admis est de 20 centimes (cf. notamment CACI 18 septembre

2015/486 consid. 3 ; Juge délégué CACI 17 août 2018/485 consid. 12.3).
Les débours seront dès lors réduits de 17 fr. 10 (28 fr. 50 - [57 x 0,3]).

L'indemnité de Me Jean-Christophe Oberson peut ainsi être arrêtée, pour la procédure d'appel, au tarif horaire de 110 fr. (art. 2 al. 1 let. b RAJ), à 944 fr. 15 (110 fr. x 8 h 35), montant auquel il faut ajouter 80 fr. à titre de forfait de vacation, 25 fr. 70 (42 fr. 80 - 17 fr. 10) à titre de débours et la TVA de 7,7 % sur le tout, par 80 fr. 85, ce qui donne un total de 1'130 fr. 70.

4.3.3 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 aux conseils d'office mis à la charge de l'Etat.

4.4 La charge des dépens peut être arrêtée à 2'100 fr. pour chacune des parties (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]). Au vu de la répartition des frais judiciaires, l'appelante B.N._____ versera à l'intimé D.N._____ la somme de 1'400 fr. (2'100 fr. x [5/6 - 1/6]) à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
le juge délégué
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. L'ordonnance est réformée aux chiffres II et III de son dispositif comme il suit :
 - II. **astreint** D.N._____ à contribuer à l'entretien de l'enfant K._____, né le [...] 2007, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'059 fr. 50 (mille cinquante-neuf francs et cinquante centimes), allocations

familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en main de B.N._____, ce dès et y compris le 1^{er} novembre 2018 ;

III. **astreint** D.N._____ à contribuer à l'entretien de l'enfant S._____, né le [...] 2014, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 736 fr. 25 (sept cents trente-six francs et vingt-cinq centimes), allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en main de B.N._____, ce dès et y compris le 1^{er} novembre 2018 ;

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat à hauteur de 700 fr. (sept cents francs) pour l'appelante B.N._____ et de 100 fr. (cent francs) pour l'intimé D.N._____.
- IV. L'indemnité de Me Olivier Constantin, conseil d'office de l'appelante B.N._____, est arrêtée à 1'922 fr. 45 (mille neuf cent vingt-deux francs et quarante-cinq centimes), TVA et débours compris.
- V. L'indemnité de Me Jean-Christophe Oberson, conseil d'office de l'intimé D.N._____, est arrêtée à 1'130 fr. 70 (mille cent trente francs et septante centimes), TVA et débours compris.
- VI. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et des indemnités aux conseils d'office mis à la charge de l'Etat.

VII. L'appelante B.N._____ doit verser à l'intimé D.N._____ la somme de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VIII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Olivier Constantin (pour B.N._____),
- Me Jean-Christophe Oberson (pour D.N._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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), le 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).

La greffière :