

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 23 février 2011

---

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

\*\*\*\*\*

**Art. 92 al. 2, 248 let. d, 271, 276 al. 1, 310, 314 al. 1 et 317 al. 1  
CPC; 176 al. 1 ch. 2 CC; 65 al. 2 TFJC; 37 CDPJ**

Statuant à huis clos sur la requête d'appel interjetée par **L.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 janvier 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant la partie appelante d'avec **Z.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 janvier 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis la requête de mesures provisionnelles d'Z. \_\_\_\_\_ du 9 novembre 2010 (I), attribué la jouissance du domicile conjugal, sis route Aloys-Fauquez 114 à 1018 Lausanne, au requérant, à charge pour lui d'en payer seul le loyer et les charges (II), imparti à l'intimée L. \_\_\_\_\_ un délai au 31 janvier 2010 au plus tard pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (III), fixé les frais de justice à 200 fr. pour le requérant et 200 fr. pour l'intimée (IV), dit que le sort des dépens suit celui de la cause au fond (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

En droit, le premier juge a considéré que les parties sont *de facto* autorisées à vivre séparément, dès la litispendance du procès en divorce. Estimant que l'intimée retrouverait un logement, le premier juge a attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal au requérant, à charge pour lui d'en assumer seul le loyer et les charges. Dans le même temps, il a imparti un délai au 31 janvier 2011 au plus tard à l'intimée pour libérer le domicile conjugal de sa personne et de ses effets propres, puis a statué que le sort des dépens suivrait celui de la cause au fond.

**B.** Par acte du 17 janvier 2011, L. \_\_\_\_\_ a formé appel, en temps utile, auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal. L'appelante a conclu à la réforme des ch. II et III du dispositif de l'ordonnance attaquée, en ce sens que la jouissance du domicile conjugal lui est attribuée à charge pour elle de payer l'entier du loyer et les charges y relatives (II), et qu'un délai de 30 jours dès notification de l'arrêt sur appel est imparti à l'intimé pour quitter le domicile conjugal (III).

Par réponse du 7 février 2011, l'intimé a préalablement conclu à ce que Z.\_\_\_\_\_ soit mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, puis a principalement conclu au rejet de l'appel.

Par décision du 28 janvier 2011, le juge délégué de la Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté la requête d'effet suspensif contenue dans l'appel, mais a prolongé le délai pour quitter le domicile conjugal au 15 février 2011.

Par décision du 11 février 2011, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a accordé à L.\_\_\_\_\_ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 17 janvier 2011, dans la procédure d'appel qui l'oppose à Z.\_\_\_\_\_.

Par décision du 28 février 2011, le même juge a accordé à Z.\_\_\_\_\_ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 8 février 2011, dans la procédure d'appel qui l'oppose à L.\_\_\_\_\_.

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

Le requérant Z.\_\_\_\_\_, né en [...], et l'intimée L.\_\_\_\_\_, née en [...], tous deux de nationalité algérienne, se sont mariés le 16 juillet 2009 dans leur pays d'origine. Aucun enfant n'est issu de leur union.

Le requérant vit en Suisse depuis plus de 25 ans, alors que l'intimée est arrivée dans notre pays le 2 avril 2010.

Le requérant, titulaire d'un permis C, est informaticien indépendant. Il émarge actuellement aux services sociaux. L'intimée, titulaire d'un permis B, travaille depuis le 15 octobre 2010 pour un salaire mensuel net de l'ordre de 2'500 fr.

Les services sociaux refusent toutefois de contribuer à l'entretien du requérant tant que celui-ci n'est pas formellement séparé de l'intimée, qui réalise un revenu supérieur aux barèmes du revenu d'insertion (RI) pour un couple sans enfant.

En octobre 1986, le requérant avait conclu, en son seul nom en qualité de locataire, un contrat de bail portant sur l'appartement sis à A. Fauquez 114, à 1018 Lausanne, pour un loyer mensuel de 520 fr.

Confronté à d'importantes difficultés conjugales, Z. \_\_\_\_\_ a conclu au divorce par demande unilatérale du 9 novembre 2010.

Par requête de mesures provisionnelles, déposée le même jour, Z. \_\_\_\_\_ a conclu à être autorisé à vivre séparé de l'intimée pour une durée indéterminée (I), à conserver la jouissance exclusive du domicile conjugal (II), et à ce qu'un délai de dix jours, dès ordonnance définitive et exécutoire, soit imparti à l'intimée pour quitter ce logement (III).

Par procédé écrit du 21 décembre 2010, L. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet des conclusions de la requête de mesures provisionnelles du 9 novembre 2010 (I), subsidiairement à une séparation de durée déterminée (II), à l'attribution de la jouissance du domicile conjugal (III), et à la fixation d'un délai de trente jours au requérant, dès ordonnance définitive et exécutoire, pour quitter ce logement(IV).

### **En droit :**

**1.** L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles selon l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), ainsi que 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 l'art. 248 let. d CPC (et selon l' art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours conformément à l'art. 314 al. 1 CPC.

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).

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).

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 affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits 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 novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 139; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, *op. cit.*, no 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs 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, *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.*, no 2415 p. 438).

En l'espèce, l'appelante n'a sollicité aucune mesure d'instruction complémentaire, se bornant à citer dans son mémoire

d'appel essentiellement des pièces déjà produites en première instance, lesquelles seront examinées ultérieurement.

L'intimé n'a également sollicité aucune mesure d'instruction complémentaire.

**3.** L'appelante invoque un nouveau fait et un nouveau moyen de preuve en se référant à des annonces que l'intimé aurait mises sur Internet pour se remarier quatre mois après son arrivée en Suisse (pièce 2). Ces fait et moyen de preuve ne sont pas pertinents dans l'examen de la cause. De surcroît, cette pièce concernant un extrait d'un site Internet imprimé en date du 2 septembre 2010, dès lors antérieur à l'ordonnance attaquée, et l'appelante n'ayant pas démontré la réalisation des conditions de l'art. 317 al. 1 CPC, ces nouveaux fait et preuve ne sauraient être retenus.

L'intimé a également invoqué un nouveau fait relatif à sa santé, dans la mesure où il a rencontré des problèmes de santé, sa femme refusant totalement le dialogue et a produit un nouveau moyen de preuve en la pièce 110, soit une copie d'un certificat médical établi par le [...] le 24 janvier 2011. Ce document constitue un moyen de preuve qui n'existait pas lorsque l'ordonnance querellée a été rendue le 5 janvier 2011, mais qui est postérieur à cette décision. L'intimé l'ayant produit le 7 février 2011 à l'appui de sa réponse dans la procédure d'appel, ce nouveau moyen de preuve l'a été sans retard au sens de l'art. 317 al. 1 let. a CPC, les conditions de l'art. 317 al. 1 let. b CPC n'ayant pas de sens dans ce cas (Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 139). Par conséquent, ces nouveaux fait et moyen de preuve peuvent être pris en considération.

**4.** a) Concernant la constatation inexacte des faits par le premier juge, l'appelante prétend que ce dernier n'aurait pas pris en considération le fait qu'elle est arrivée en Suisse en avril 2010 pour rejoindre son mari, qui y vit depuis juin 1979, et qu'elle se trouverait par conséquent dans une

situation de précarité. Ces deux éléments de faits auraient dû conduire le premier juge à lui attribuer le domicile conjugal.

Le premier juge a considéré que l'appelante pourrait plus aisément retrouver un logement, dans la mesure où elle exerce une activité lucrative et, au besoin, avec l'aide d'une assistante sociale. Il n'a donc pas ignoré la nécessité d'être aidée dans un pays où les démarches de cette nature ne lui sont peut-être pas familières. Au demeurant, comme l'observe l'intimé, le fait d'avoir rapidement trouvé un emploi est au contraire le signe d'une bonne intégration et relativise grandement l'incapacité de l'appelante à rechercher un logement.

Il n'y a donc pas de contestation inexacte des faits à cet égard.

b) L'appelante prétend également que l'ordonnance entreprise est muette en ce qui concerne le comportement violent de l'intimé, attesté par pièces médicales (pièces 102 et 105), et l'attitude de rejet de celui-ci à son égard. Elle soutient que ces éléments de fait équivaldraient à un abus de droit justifiant l'attribution du domicile conjugal en sa faveur.

Il convient de relever que les pièces médicales invoquées par l'appelante ne constituent que des retranscriptions de ses propres déclarations aux médecins, tel que le révèle le rapport de consultation auprès du Centre universitaire Romand de Médecine légale du 24 septembre 2010 (pièces 102), ainsi que le rapport du service de gynécologie du CHUV du 27 septembre 2010 faisant état de violences verbales (pièce 105). Dans sa réponse, l'intimé conteste vivement les accusations de maltraitance. Dès lors, rien de probant sur la question de l'attribution du domicile conjugal ne peut en être déduit, si ce n'est le constat d'une grave mésentente qui s'est installée dans le couple rendant la séparation inéluctable.

Le premier juge n'a donc pas ignoré de pièces décisives sur la question litigieuse du logement.

c) L'appelante fait valoir une fausse application de l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210).

L'appelante invoque son arrivée récente en Suisse, son tissu social peu développé, sa dépendance vis-à-vis de son mari, ainsi que son état de santé, pour expliquer sa difficulté à retrouver un logement en Suisse et considérer que le déménagement peut être exigé de l'intimé.

Dans sa réponse, Z.\_\_\_\_\_ invoque son âge, son état de santé, les faits qu'il habite le logement familial depuis 1986 et qu'il émarge aux services sociaux comme critères décisifs d'une attribution de ce logement en sa faveur. Il explique en outre que l'ensemble du matériel, lui permettant d'exercer son activité indépendante, se trouve à son domicile, soit dans le logement familial.

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC, à la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage.

Récemment, le Tribunal fédéral a clarifié les critères d'attribution du logement familial, lors de l'organisation de la vie séparée pour la durée d'une procédure de divorce, dans un arrêt 5A\_766/2008 du 4 février 2009 publié au JT 2010 I 341. Le juge des mesures protectrices de l'union conjugale attribue le logement familial en fonction de l'opportunité et indépendamment de la question de savoir qui en est le propriétaire ou le locataire. S'il n'est pas possible de déterminer avec précision à qui la maison ou l'appartement sera le plus utile, c'est l'époux dont on peut raisonnablement l'exiger le plus aisément, compte tenu de toutes les circonstances, qui doit déménager (ATF 120 II 1 c. 2c, JT 1996 I 323, concernant des mesures provisoires identiques, en substance [aux présentes mesures protectrices], pour la durée de la procédure de divorce). (TF 5A\_766/2008 du 4 février 2009 publié au JT 2010 I 341 c. 3.1).

Au vu de la jurisprudence et de la doctrine qui ont clarifié les termes d'"opportunité" et de "plus grande utilité", l'intérêt de l'enfant motive prioritairement la décision. Des motifs d'ordre professionnel ou ayant trait à l'état de santé entrent également en ligne de compte lorsqu'ils sont liés au logement conjugal, notamment lorsque l'un des époux exerce sa profession dans l'immeuble où se trouve le logement conjugal ou lorsque la configuration du logement est adaptée aux besoins particuliers d'un membre de la famille sénile ou invalide. Au second plan apparaissent les intérêts d'ordre affectifs, par exemple l'étroitesse du lien avec l'immeuble qui sert de logement familial. Si la pesée des intérêts en présence ne permet pas une conclusion précise, le statut juridique sur le logement familial, tel que la propriété ou les autres rapports d'usage, sont déterminants, même lorsqu'une suspension du ménage commun pour une plus longue durée est envisagée (TF 5A\_766/2008 du 4 février 2009 publié au JT 2010 I 341 c. 3.2, et référence à la doctrine citée).

La comparaison des motifs invoqués par chacune des parties pour obtenir l'attribution du logement familial n'apporte rien de décisif. Les deux époux sont dans une situation précaire, invoquent des problèmes de santé, et auraient tous deux des difficultés à se reloger. L'activité professionnelle de l'intimé dans son logement ne peut être prise en considération, faute d'être exercée véritablement, puisqu'il doit recourir aux services sociaux. Le juge de céans peut, tout au plus, prendre en considération, au second plan, un attachement de l'intimé à son logement, où il réside depuis 25 ans.

En se plaçant sous l'angle de l'exigence la plus raisonnable de déménager de la part d'un époux, le juge de céans observe que l'appelante est au bénéfice d'un emploi rémunéré, ce qui permet de retrouver un logement plus facilement. En se plaçant sous l'angle de la titularité des droits sur le logement familial, il s'avère que l'intimé est seul partie au contrat de bail et donc seul locataire. S'agissant du logement familial, lorsque le droit contractuel d'un époux sur le bien s'avère déterminant pour son attribution à l'une ou l'autre des parties dans le cadre de mesures provisionnelles, ce droit ne lui permettrait pas pour

autant de résilier le bail sans le consentement de son conjoint conformément à l'art. 169 CC.

Le juge de céans constate dès lors que le premier juge a, à juste titre, attribué provisoirement le logement conjugal à l'intimé.

**5.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté, et l'ordonnance confirmée.

**6.** Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC, tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5).

Vu la liste d'opérations et débours pour la procédure d'appel produite le 24 février 2011 par le conseil de l'appelante, une indemnité d'office à hauteur de 1'000 fr., TVA et débours compris, lui est accordée.

Vu la liste d'opérations et débours pour la procédure d'appel produite le 25 février 2011 par le conseil de l'intimé, une indemnité d'office à hauteur de 516 fr., TVA et débours compris, lui est accordée.

L'appelante ayant succombé, des dépens, à hauteur de 600 fr., sont alloués à l'intimé (art. 37 CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02).

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelante.
- IV.** L'indemnité d'office de Me de Preux, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'000 fr. (mille francs), TVA et débours compris.
- V.** L'indemnité d'office de Me Genier Müller, conseil de l'intimé, est arrêtée à 516 fr. (cinq cent seize francs), TVA et débours compris.
- VI.** L'appelante L.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé Z.\_\_\_\_\_ la somme de 600 fr. (six cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

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 Pascal de Preux (pour L. \_\_\_\_\_),
- Me Sandra Genier Müller (pour Z. \_\_\_\_\_).

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.

La greffière :