

C2 16 35

DÉCISION DU 7 SEPTEMBRE 2016

**Tribunal cantonal du Valais
Cour civile II**

Jean-Pierre Derivaz, président; Geneviève Berclaz Coquoz, greffière;

en la cause

X_____, demandeur et défendeur en reconvention, appelé et appelant par voie de jonction, requérant et partie intéressée, représenté par Maître M_____

contre

Y_____, défenderesse et demanderesse en reconvention, appelante et appelée par voie de jonction, requérante et partie intéressée, représentée par Maître N_____

(assistance judiciaire)

Vu

les actes de la cause civile - action en divorce - pendante entre X_____ et Y_____;

la décision du 24 avril 2012, en vertu de laquelle le juge de district de A_____ a mis Y_____ au bénéfice de l'assistance judiciaire totale, avec effet dès le 22 mars précédent;

la décision du 27 août 2012, en vertu de laquelle ce magistrat a mis X_____ au bénéfice de l'assistance judiciaire totale, avec effet dès le 24 juillet précédent;

le jugement prononcé le 8 janvier 2015 par le juge de district de A_____, dont le dispositif est le suivant :

«1. Le mariage célébré le 27 décembre 2005, à B_____, entre X_____, né le xxx 1985, et Y_____, née le xxx 1985, est dissous par le divorce.

2. L'autorité parentale sur l'enfant C_____, née le xxx 2007, est attribuée à Y_____.

3. Sauf meilleure entente entre les parents, X_____ exercera son droit de visite un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, la moitié des vacances de Noël et de Pâques, le jour de fête déterminant étant passé alternativement chez l'un et l'autre des parents, et deux semaines en été.

4. X_____ payera pour l'entretien de C_____, en mains de Y_____, d'avance, le premier jour du mois, une contribution de 715 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans (4 août 2019) et de 910 fr. de 13 à 18 ans (5 août 2019 au 4 août 2025).

Les allocations familiales seront versées en plus si X_____ devait les percevoir.

Correspondant à l'indice suisse des prix à la consommation du mois de novembre 2014 de 99.1 points (base décembre 2010 = 100), le montant de ces contributions sera proportionnellement adapté audit indice le premier janvier de chaque année, sur la base de l'indice du mois de novembre précédent, à moins que le débirentier ne prouve que ses revenus n'ont pas, ou seulement partiellement, suivi l'évolution de l'indice.

5. Le régime matrimonial est dissous et liquidé, chaque partie étant reconnue propriétaire des meubles et objets en sa possession, et responsable et débitrice des dettes à son nom.

6. Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des parties, calculées pour la durée du mariage, sont partagées par moitié. Ainsi, après compensation, l'institution de prévoyance professionnelle de X_____ (n° d'assuré : xxx1 ; AVS n° : xxx2), soit la Caisse de retraite paritaire D_____, de siège à E_____, transférera sur le compte de libre passage dont est titulaire la défenderesse (contrat n° xxx3 ; AVS no xxx4) auprès de la F_____, de siège à A_____, le montant de 4735 fr. 20.

7. X_____ payera à Y_____, d'avance, le premier jour du mois, une contribution d'entretien de 90 fr. jusqu'au 4 août 2019.

8. La curatelle de représentation de l'enfant C_____, ordonnée le 18 décembre 2012, est levée, la curatrice Me G_____ étant relevée de son mandat.
9. Les frais judiciaires - comprenant la rémunération de la curatrice Me G_____, arrêtee à 1981 fr. 40, TVA et débours compris - sont fixés à 5000 francs. Ils sont mis à concurrence de 4000 fr. à charge de l'Etat, au titre de l'assistance judiciaire, et pour 1000 fr. à charge de X_____, compensés avec l'avance de frais effectuée par ce dernier.
10. L'Etat du Valais versera à Me M_____ 3337 fr. 20 à titre de rémunération du conseil juridique commis d'office.
11. L'Etat du Valais versera à Me N_____ 3000 fr. à titre de rémunération du conseil juridique commis d'office.
12. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.».

l'appel interjeté en temps utile et dans les formes prescrites par Y_____, au terme duquel elle a, pour l'essentiel, invité l'autorité compétente à augmenter les montants de la contribution d'entretien et de la rente temporaire, ainsi que la durée de celle-ci;

la réponse de X_____, tendant au rejet de l'appel;

l'appel joint, formé dans la même écriture, au terme duquel l'intéressé a conclu à la suppression de la rente temporaire en faveur de son ex-femme;

les requêtes d'assistance judiciaire formées par les parties;

la décision de mesures provisionnelles rendue par le juge de céans, le 15 mars 2016;

l'échange d'écritures postérieur à ce prononcé, au terme duquel la partie défenderesse a réduit ses prétentions alors que la partie demanderesse a étendu l'appel joint au montant de la contribution d'entretien en faveur de l'enfant;

Considérant

que l'assistance judiciaire doit faire l'objet d'une nouvelle requête pour la procédure de recours (art. 119 al. 5 CPC);

que le juge de céans, président de la cour saisie de la cause au fond, est compétent pour statuer, en procédure sommaire (cf. art. 119 al. 3, 248 let. a, 271 let. a et 276 al. 1 CPC), sur les requêtes d'assistance judiciaire, présentées par les parties en appel;

que, de jurisprudence constante, le devoir de l'Etat d'accorder l'assistance judiciaire à un plaideur impécunieux dans une cause non dénuée de chances de succès est subsidiaire par rapport aux obligations d'assistance découlant du droit de la famille

(ATF 138 III 672 consid. 4.2.1; 119 la 11 consid. 3a; arrêt 5C.42/2002 du 29 septembre 2002 consid. 6); qu'en d'autres termes, la prétention d'une partie à obtenir une avance de frais de son conjoint pour mener un procès prime sur celle tendant à bénéficier de l'assistance judiciaire;

que, d'après la jurisprudence, une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès; que le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 la 99 consid. 4; arrêts 5A_778/2012 du 24 janvier 2013 consid. 6.1; 5P.31/2004 du 26 avril 2004 consid. 2.2);

que, si le requérant n'a pas la possibilité d'obtenir de son conjoint la couverture de ses frais du procès dans le cadre du devoir d'assistance et d'entretien, la condition de subsidiarité de l'assistance judiciaire tombe évidemment [arrêt 5P.441/2005 du 9 février 2006 consid. 1.2, in Pra 2006 n° 143 p. 987; EMMEL, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n. 5 ad art. 117 CPC; HUBER, Dike-Komm-ZPO, n. 31 ad art. 117 CPC];

qu'en l'occurrence, X_____ fait valoir qu'il appartenait à Y_____ de solliciter une provision ad litem; qu'elle n'a pas requis pareille avance; que, selon lui, la requête d'assistance judiciaire de l'intéressée doit, pour ce motif déjà, être rejetée;

que ce moyen contrevient clairement aux règles de la bonne foi, dont le respect est applicable en procédure civile (art. 52 CPC); que X_____ a, en effet, requis, en appel, l'assistance judiciaire, dont il a bénéficié en première instance; qu'il a exposé qu'il ne disposait pas de ressources suffisantes pour assumer les frais du procès; que, a fortiori, une provision ad litem aurait été de nature à porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui des siens; que, le cas échéant, la demande y relative aurait été rejetée; qu'en pareille hypothèse, la requête d'assistance judiciaire n'est pas subsidiaire à la demande de provision ad litem;

qu'aux termes de l'article 117 al. 1 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b) ;

que, pour déterminer l'indigence, il convient de prendre en considération l'ensemble de la situation financière du requérant au moment où la demande est présentée (ATF 135 I 221 consid. 5.1); que la part des ressources excédant ce qui est nécessaire à la

couverture des besoins personnels doit être comparée, dans chaque cas, aux frais prévisibles de la procédure pour laquelle l'assistance judiciaire est demandée; que le soutien de la collectivité publique n'est en principe pas dû, au regard de l'article 29 al. 3 Cst., lorsque cette part disponible permet d'amortir les frais judiciaires et d'avocat en une année au plus, pour les procès relativement simples, et en deux ans pour les autres; que cependant, il conviendra de tenir compte, le cas échéant, de la nécessité où le requérant se trouve d'agir dans un délai relativement court, qui ne lui permet pas de faire des économies en vue d'avancer les frais du procès (ATF 135 I 221 consid. 5.1);

qu'en l'occurrence, la partie appelante œuvre au service de H_____, association de la Petite Enfance de A_____, et de I_____ à J_____, à un taux d'activité global d'environ 80 %; que ses revenus s'élèvent au montant total de 3570 fr. 65; qu'elle perçoit, en sus, une contribution d'entretien d'un montant de 500 fr. par mois;

que Y_____ vit seule et ne peut donc pas compter sur l'assistance d'un tiers pour faire face à ses charges courantes, tels les frais de logement; qu'elle a pris à bail un appartement dont le loyer se monte à 1250 fr. par mois; qu'il convient de déduire la part de C_____ à ce coût - 288 fr. -, et de retenir, à titre de frais de logement, le montant de 962 fr. (1250 fr. - 288 fr.); que ses cotisations d'assurance-maladie sont de 362 fr. 55 par mois; qu'elle supporte mensuellement, en sus, la prime d'assurance de son véhicule automobile, par 119 fr. 30, les frais liés aux déplacements professionnels, par 550 fr., et une prime d'assurance responsabilité civile, par 14 fr. 10; qu'eu égard à la base mensuelle du minimum d'existence - 1350 fr. -, son minimum vital doit être arrêté à 3357 fr. 95 (1350 fr. + 962 fr. + 362 fr. 55 + 119 fr. 30 + 550 fr. + 14 fr. 10) par mois; qu'il y a lieu de compter, en sus, la quote-part du coût d'entretien de C_____ à sa charge, soit 402 fr. 10 (1202 fr. 10 - 800 fr.); que ses besoins s'élèvent au montant total de 3760 fr. 05 (3357 fr. 95 + 402 fr. 10);

qu'après les avoir couverts, Y_____ dispose d'un montant de quelque 310 fr. 60 ([3570 fr. 65 + 500 fr.] - 3760 fr. 05);

que les frais judiciaires prévisibles de la procédure s'élèvent au montant de 1600 fr.; que les honoraires du conseil de la requérante ne devraient pas excéder 2100 fr., débours compris;

que, par le paiement d'acomptes de 310 fr. par mois, l'appelante était en mesure de supporter, dans le délai d'une année - 3720 fr. (310 fr. x 12) -, le montant des frais prévisibles - 3700 fr. -;

qu'elle ne pouvait cependant pas attendre pour entreprendre le prononcé du juge de district; qu'il lui appartenait, en effet, de former appel dans un délai de 30 jours; qu'elle devait dès lors verser à son avocat, à tout le moins un acompte sur les honoraires, et effectuer, en sus, une avance de frais dans le délai fixé par le tribunal (art. 98 et 101 al. 1CPC);

que le solde disponible, au moment de la requête, ne lui permettait pas de faire face à ces frais en temps utile;

que la condition d'indigence est dès lors réalisée en ce qui la concerne;

que, lorsqu'il a formé appel joint, le revenu mensuel net de X_____ s'élevait à 4428 fr. 40 ([56'641 fr. 10 - 3500 fr.] : 12); que la gratification de 3500 fr. n'a, en effet, été versée qu'au mois de décembre 2015;

que, depuis la suspension de la vie commune, l'intéressé a vécu auprès de ses parents auxquels il verse un montant mensuel de 1200 fr.; qu'en 2015, ses cotisations d'assurance-maladie ont été subventionnées à concurrence de 65 %; qu'il a supporté la différence de 35 %, soit un montant de 123 fr. 20 (35 % de 352 fr.) par mois; que ses frais professionnels se montent à 330 fr.;

que X_____ s'est obligé à payer, dès la séparation, à titre de contributions à l'entretien de son ex-femme et de sa fille le montant total de 1300 fr. (800 fr. + 500 fr.) par mois;

que, lorsqu'il s'est déterminé sur la déclaration d'appel, il disposait ainsi d'un solde de 275 fr. 20 (4428 fr. 40 - [1200 fr. {base mensuelle du minimum d'existence} + 1200 fr. + 123 fr. 20 + 330 fr. + 1300 fr.]);

que, pour les motifs identiques à ceux qui ont été exposés lors de l'examen de la situation de Y_____, ce montant n'était pas suffisant pour verser un acompte sur la provision de son conseil, voire effectuer un complément d'avance relatif à l'appel joint;

que la condition d'indigence est dès lors également réalisée en ce qui le concerne;

que, selon la jurisprudence, un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et que, dès lors, elles ne peuvent être considérées comme sérieuses, de sorte qu'un plaideur raisonnable et aisé renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'il serait exposé à devoir supporter; qu'en revanche, il ne l'est pas lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou que les premières n'apparaissent que légèrement inférieures aux secondes (ATF 133 III 614 consid. 5; 129 I 129 consid. 2.3.1);

que l'assistance judiciaire peut n'être accordée que partiellement si les conditions n'en sont pas entièrement remplies; que tel est, en particulier, le cas si le demandeur a pris différentes conclusions dont certaines sont dépourvues de chances de succès; que, le cas échéant, l'assistance judiciaire est limitée aux conclusions pour lesquelles l'exigence des chances de succès est réalisée (EMMEL, n. 14 ad art. 118 CPC; HUBER, n. 61 ad art. 117 CPC et n. 20 ad art. 118 CPC; RÜEGG, Commentaire bâlois, 2^e éd., 2013, n. 2 ad art. 118 CPC; KÖCHLI, Stämpflis Handkommentar, n. 11 ad art. 118 CPC; Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, in FF 2006 n. 5.8.4, p. 6913);

qu'en vertu de l'article 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; que ces différents critères doivent être pris en considération; qu'ils exercent une influence réciproque les uns sur les autres; que, s'agissant de la détermination des besoins moyens des enfants, il est admis que les Recommandations pour la fixation des contributions d'entretien des enfants, éditées par l'office de la jeunesse du canton de Zurich (ci-après : recommandations), peuvent servir de point de départ pour la détermination des besoins d'un enfant dans un cas concret (arrêt 5A_462/2010 du 24 octobre 2011, in FamPra.ch 2012 p. 223; ATF 120 II 283 consid. 3a/aa; 116 II 110 consid. 3a);

que les frais de garde doivent être comptés, le cas échéant, en sus dans le coût d'entretien de l'enfant (RFJ 2010 p. 337 consid. 2b/cc; DE WECK-IMMELÉ, CPra Matrimonial, 2015, n. 147 ad art. 176 CC ; WULLSCHLEGER, FamKomm Scheidung, Band I, 2^e éd., 2011, n. 15 ad art. 285 CC); qu'ils sont pris en considération jusqu'à l'âge de 13 ans révolus de l'enfant (sur l'âge limite jusqu'auquel la garde des enfants peut être prise en considération, cf. Message sur la loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants, in FF 2009 IV p. 4250 et 4258, en particulier les références aux pratiques cantonales et à l'avant-projet du Conseil fédéral);

qu'aux termes de l'article 125 al. 1 CC, si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable;

qu'une contribution est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux crédientier ("lebensprägend"); qu'indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs (ATF 135 III 59 consid. 4.1, et réf. cit.);

qu'en ce qui concerne l'éducation des enfants, il est, en règle générale, admis qu'on ne saurait exiger d'un conjoint qu'il exerce une activité lucrative à un taux de 50 % avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100 % avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus (arrêt 5A_888/2013 du 20 mai 2014 consid. 3.1; 5A_319/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.3.3; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 115 II 6 consid. 3c);

qu'en l'occurrence, dans sa déclaration d'appel, la partie défenderesse a, en particulier, contesté la détermination du coût d'entretien de l'enfant; qu'elle a fait valoir que le juge intimé n'avait, à tort, pas retenu les frais de garde; qu'elle a, en outre, réclamé le paiement de la rente en sa faveur jusqu'à ce que C_____ atteigne l'âge de 16 ans révolus; que, pour les motifs exposés aux paragraphes précédents, ces griefs n'étaient pas dénués de chances de succès;

que l'intéressée a, en outre, exposé les faits qui, selon elle, rendaient peu vraisemblable le paiement, par la partie adverse aux parents de celle-ci, d'un montant de 1200 fr. à titre de frais de logement; que, nonobstant l'ordre de paiement y relatif, les moyens articulés n'étaient pas dépourvus de fondement;

qu'elle a encore fait valoir que la base mensuelle du minimum d'existence - 1200 fr. - devait être réduite parce que son ex-mari vivait auprès de ses parents; qu'à nouveau, cette position ne paraissait pas vouée à l'échec; qu'à Zurich, par exemple, lorsque le débiteur vit avec un adulte, sans que cela soit forcément une situation de concubinage, on retient une base mensuelle du minimum d'existence réduite à 1100 fr. en lieu et place de 1200 fr. [Ochsner, Le minimum vital (art. 93 al. 1 LP), in SJ 2012 II p. 130];

qu'au terme de cet examen, l'exigence des chances de succès ne saurait être contestée;

que, dans ces circonstances, l'appelante est mise au bénéfice de l'assistance judiciaire totale, avec effet au 11 février 2015; qu'elle n'a pas de connaissances juridiques; qu'elle n'est pas en mesure de défendre efficacement ses intérêts dans la procédure; que le besoin d'un avocat ne saurait dès lors être contesté; que M^e N_____ est désigné en qualité de conseil commis d'office de l'intéressée;

que l'appelé a conclu au rejet du recours; qu'à cet égard, ses conclusions n'étaient pas dénuées de chances de succès; qu'en effet, la position d'une partie qui a déjà convaincu une autorité précédente - signe qu'elle n'est pas totalement inconsistante - ne saurait normalement être considérée comme dépourvue de chances de succès en procédure de recours (EMMEL, n. 13 ad art. 117 CPC; RÜEGG, n. 21 ad art. 117 CPC; cf. ég. CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2^e éd., 2014, n. 40 ad art. 64 LTF);

que, le 20 mars 2015, X_____ a, en outre, formé un appel joint tendant à la suppression de la rente temporaire en faveur de son ex-femme;

qu'il a d'abord fait valoir que, durant la vie commune, les parties avaient toutes deux exercé une activité lucrative; qu'ainsi «aucun désavantage n'a[vait] été occasionné par le mariage sur la situation économique» de son ex-femme; que cette relation des faits ne résiste pas à l'examen; que, quelques jours après la naissance de C_____, Y_____ a certes travaillé, mais à temps partiel (40 %); qu'à l'époque de la séparation, elle œuvrait encore à mi-temps; qu'elle consacrait le reste de son temps à sa fille et aux soins du ménage; que, dans ces circonstances, le mariage a influencé de manière concrète la situation financière de l'appelante, qui peut donc, dans son principe, prétendre à une contribution d'entretien;

que l'appelant par voie de jonction s'est encore prévalu des revenus semblables des parties; qu'il a prétendu réaliser un salaire de 4093 fr., alors qu'il percevait quelque 4428 fr.; que les revenus des parties ne se confondaient ainsi pas; qu'il est vrai que la partie défenderesse travaille à 80 %; que C_____ n'a pas 16 ans révolus; que sa mère doit consacrer le reste de son temps à l'éducation de sa fille; qu'en conséquence, on ne peut exiger d'elle qu'elle augmente encore son temps de travail et, partant, son revenu;

que, dans ces circonstances, l'appel joint de X_____ était dénué de chances de succès lorsqu'il a été formé;

qu'au terme de son écriture du 11 mai 2016, l'intéressé a renouvelé sa requête d'assistance judiciaire; qu'il a étendu l'appel à la contribution d'entretien de C_____;

que n'est légitimée à modifier sa demande, en appel, que la partie qui l'exerce encore valablement à ce stade de la procédure, à la suite d'un appel ou d'un appel joint (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n. 74 ad art. 317 CPC; STERCHI, Commentaire bernois, n. 14 ad art. 317 CPC); que la modification des conclusions, à l'instar de l'invocation des nova, doit intervenir sans retard; qu'il est possible de prendre en compte l'éventuelle difficulté de formulation des conclusion(s) nouvelle(s) pour apprécier si cette condition est réalisée (SÖRENSEN, CPra Matrimonial, 2016, n. 24 ad art. 317 CPC), voire la réflexion qu'exige une telle modification, plus risquée que la simple allégation d'un fait nouveau (REETZ/HILBER, n. 89 ad art. 317 CPC);

qu'une partie n'a, en outre, pas la possibilité de revenir sur une prétention qu'elle aurait abandonnée par désistement partiel ou par absence d'appel contre un jugement partiellement défavorable (STERCHI, n. 15 ad art. 317 CPC);

qu'en l'espèce, le regroupement familial est intervenu au mois de juillet 2015 et le remariage, le 20 août suivant; que l'intéressé, se référant à ces faits, n'a étendu l'appel joint que le 11 mai 2016, soit quelque dix mois plus tard; qu'il lui était loisible d'y procéder, au mois d'octobre 2015, parallèlement au dépôt de la requête en modification des mesures protectrices; que la modification de la demande est tardive et, partant, irrecevable;

que, de surcroît, lorsqu'il a formé appel joint, le 20 mars 2015, X_____ n'a contesté que le principe d'une rente temporaire en faveur de Y_____; qu'il n'a pas entrepris le jugement du 8 janvier 2015 en tant qu'il portait sur la contribution à l'entretien de C_____; que, dans ces circonstances, il ne pouvait étendre l'appel à la contribution d'entretien de l'enfant;

que, pour les motifs qui précèdent, l'appel joint apparaît dénué de chances de succès dans la mesure où il est recevable;

que X_____ est dès lors mis au bénéfice de l'assistance judiciaire partielle, limitée aux déterminations sur l'appel de Y_____, avec effet au 20 mars 2015; qu'il n'a pas de connaissances juridiques; qu'il n'est pas en mesure de défendre efficacement ses intérêts dans la procédure s'agissant des conclusions qui ne sont pas dénuées de

chances de succès; que le besoin d'un avocat ne saurait dès lors être contesté; que M^e M_____ est, partant, désigné en qualité d'avocat d'office de l'intéressé;

qu'il n'est pas perçu de frais pour la présente décision (art. 119 a. 6 CPC et 8 al.1 OAJ; ATF 137 III 470 consid. 6.5.5); que le sort des dépens est renvoyé à fin de cause (art. 8 al. 2 OAJ);

par ces motifs,

Prononce

1. Y_____ est mise au bénéfice de l'assistance judiciaire totale, avec effet au 11 février 2015. M^e N_____ lui est désigné en qualité de conseil juridique commis d'office.
2. X_____ est mis au bénéfice de l'assistance judiciaire partielle, limitée aux déterminations sur l'appel principal, avec effet au 20 mars 2015. M^e M_____ lui est désigné en qualité de conseil juridique commis d'office.
3. Il n'est pas perçu de frais pour la présente décision.
4. Le sort des dépens est renvoyé à fin de cause.

Sion, le 7 septembre 2016