

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 21 novembre 2011

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffier : M. Perret

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC; 276 al. 1 et 2, 308 al. 1 let. b, 312 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **B.R.**_____, à Belmont-sur-Lausanne, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 19 août 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.R.**_____, à Vevey, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 août 2011, dont la motivation a été notifiée aux parties le même jour, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que, dès le 1^{er} février 2011, A.R._____ devait contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 1'700 fr., allocations familiales éventuelles en sus, montant payable d'avance, le 1^{er} de chaque mois, en mains de B.R._____ (I), ordonné la mise en œuvre d'une évaluation pédo-psychiatrique des enfants C.R._____, né le [...] 1998, et D.R._____, née le [...] 2000, par laquelle la compétence parentale de A.R._____ et B.R._____ serait examinée, l'expert ayant pour mission en particulier de faire toutes propositions utiles quant à l'autorité parentale, la garde ainsi que les relations personnelles (II), désigné en qualité d'expert le Service de Psychiatrie et Psychothérapie de l'Enfant et de l'Adolescent (SPPEA) (III), dit que les frais d'expertise suivraient le sort de la cause au fond (IV), rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 22 mars 2011 par B.R._____ (V), maintenu pour le surplus la convention signée des parties le 9 septembre 2009 s'agissant du principe de la séparation, de l'attribution de la garde sur les enfants et des modalités des relations personnelles (VI), fixé les frais judiciaires de la cause à 250 fr. à la charge de A.R._____ et à 200 fr. à la charge de B.R._____ (VII), dit que B.R._____ était la débitrice de A.R._____ de la somme de 3'250 fr., TVA de 8% en sus sur 3'000 fr., à titre de dépens, à savoir 250 francs en remboursement de ses frais de justice et 3'000 fr., TVA en sus, à titre de participation aux honoraires et débours de son conseil (VIII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, s'agissant de la contribution mensuelle due par A.R._____ pour l'entretien des siens, le premier juge a considéré que le fait que le prénommé émargeait au chômage depuis le 1^{er} février 2011 et qu'il mettrait du temps, selon les déclarations du témoin S._____, à trouver un poste comparable à celui qu'il exerçait précédemment, voire même un poste de niveau inférieur, constituaient des faits nouveaux qui

justifiaient d'entrer en matière sur la requête de l'intéressé tendant à la réduction du montant de la contribution. Procédant à l'établissement de la situation matérielle de chacun des époux, le premier juge a retenu, au degré de la vraisemblance, que B.R._____ disposait d'un revenu de 3'251 fr. par mois, pour des charges mensuelles s'élevant à 4'800 fr. au total (savoir 1'750 fr. au titre de frais de logement correspondant à la moitié du loyer du bail dont elle est co-titulaire avec un tiers, 600 fr. pour son assurance-maladie et celle de ses enfants, 400 fr. de frais de transport et 2'050 fr. au titre de montant de base pour son propre minimum vital et celui de ses enfants), de sorte qu'il manquait à la prénommée un montant de 1'549 fr. par mois pour équilibrer son budget. Quant à A.R._____, le premier juge a retenu que ses revenus mensuels actuels nets s'élevaient à 6'500 fr. en chiffres ronds (correspondant à l'indemnité journalière de l'assurance-chômage perçue multipliée par 21,7 jours, impôt à la source déduit), sans qu'il puisse lui être imputé un revenu hypothétique, pour des charges s'élevant à un total de 4'650 fr. par mois (savoir 2'800 fr. pour le loyer et les charges y relatives, 450 fr. d'assurance-maladie, 200 fr. de frais de transport et 1'200 fr. au titre de base pour son minimum vital), de sorte que son budget présentait un excédent mensuel de 1'850 francs. Partageant le solde disponible à raison de 60% pour B.R._____, celle-ci ayant la garde des enfants, et de 40% pour A.R._____, le premier juge a fixé *ex aequo et bono* le montant de la contribution d'entretien due par l'intéressé à 1'700 fr. par mois, allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2011.

B. Par acte motivé du 1^{er} septembre 2011, B.R._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du chiffre I de son dispositif en ce sens que A.R._____ doit contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 10'000 fr., allocations familiales éventuelles en sus, montant payable d'avance le premier jour de chaque mois dès et y compris le 1^{er} février 2011 en mains de B.R._____, l'ordonnance entreprise étant maintenue pour le surplus.

Le 26 septembre 2011, l'appelante a déposé une requête d'assistance judiciaire. Par décision du 3 octobre suivant, le juge délégué de la cour de céans a accordé à l'appelante le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance, comprenant notamment l'exonération des frais judiciaires et l'assistance d'un conseil d'office en la personne de Me Alain Dubuis, avocat à Lausanne.

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

1. B.R._____, et A.R._____ se sont mariés le [...] 1997 à [...] en Suède. Deux enfants sont issus de cette union : C.R._____, né le [...] 1998, et D.R._____, née le [...] 2000.

2. Les époux vivent séparés depuis le 1^{er} juillet 2008. Leur séparation a d'abord été régie par une convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 27 mai 2008 puis, dès le 9 septembre 2009, par une seconde convention valable jusqu'au 31 mai 2010. Par ce nouvel acte, les époux ont notamment convenu qu'ils s'autorisaient réciproquement à vivre séparés jusqu'au 31 mai 2010 (I), que la garde sur les enfants C.R._____ et D.R._____ était attribuée à leur mère B.R._____ (II), A.R._____ jouissant à l'égard de ses enfants d'un libre et large droit de visite fixé d'entente avec la mère (III), que C.R._____ et D.R._____ resteraient scolarisées à l'école privée [...] à [...] pendant l'année scolaire 2009-2010, A.R._____ payant l'écolage de base directement en mains de l'établissement (IV) et que A.R._____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier service d'une pension mensuelle de 11'350 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.R._____, dès et y compris le 1^{er} août 2009 (V).

3. a) Les époux sont en instance de divorce depuis le 28 juin 2010, date à laquelle B.R._____ a saisi le Juge de paix du district de Lavaux-Oron d'une requête de conciliation.

b) Par ordonnance de mesures provisionnelles du 4 janvier 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé que, dès le 1^{er} juin 2010, A.R._____ devait contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 10'000 fr., allocations familiales en sus, montant payable d'avance, le 1^{er} de chaque mois, à B.R._____, ainsi que par le paiement de l'écolage de base de l'école privée [...] (I), le statut prévu dans la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 septembre 2009 étant pour le surplus maintenu (II).

c) A.R._____ a déposé un appel contre l'ordonnance précitée et conclu à sa modification en ce sens que, dès le 1^{er} juin 2010, il devait contribuer à l'entretien des siens par le régulier service d'une pension mensuelle de 6'500 fr., allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le 1^{er} de chaque mois en mains de B.R._____, le statut prévu dans la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 septembre 2009 étant maintenu pour le surplus.

d) Par arrêt du 17 février 2011, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel interjeté par A.R._____ et confirmé l'ordonnance querellée.

Il résulte notamment de cet arrêt les faits suivants : Pour la période de janvier à mai 2009, A.R._____ a perçu de son ex-employeur [...] un montant de l'ordre de 160'000 fr., équivalant à 32'000 fr. par mois. Il a par la suite obtenu, jusqu'au mois de mai 2010, un revenu supplémentaire de 570'000 francs. Au mois de mai 2010, il a encore perçu un montant de 285'440 francs. Sur ces sommes, A.R._____ a prélevé un montant de 250'000 fr. qu'il a versé à son deuxième pilier. Professionnellement, A.R._____ a commencé à explorer les possibilités de s'établir à son compte, notamment en créant, en décembre 2009, une raison individuelle [...]. Selon ses dires, cette activité ne lui rapporte actuellement rien, mais au contraire lui coûterait des frais en investissement et développement. En mensualisant les sommes perçues, qui s'élèvent au total à 855'440 fr., depuis le mois de juin 2009 jusqu'au

31 décembre 2010, A.R._____ a réalisé un gain mensuel de 45'023 francs. Avant de perdre son emploi, il réalisait un salaire annuel de 535'557 fr., correspondant à un gain mensuel de 44'630 francs. Quant à B.R._____, elle travaille à temps partiel pour un salaire mensuel net de 3'251 fr., payable douze fois l'an. Elle occupait déjà cet emploi à l'époque de la signature de la convention du 9 septembre 2009. Elle partage son logement avec son nouveau compagnon depuis le 1^{er} juillet 2009.

Le juge délégué a considéré en substance que la situation financière de A.R._____ ne s'était pas péjorée et qu'il était en mesure de payer la pension alimentaire de 10'000 fr. dès le 1^{er} juin 2010 et ce jusqu'à la fin de l'année 2010, étant précisé que pour la période ultérieure il appartenait à l'intéressé d'établir une péjoration de sa situation dans le cadre d'une nouvelle requête de mesures provisionnelles.

4. a) A.R._____ a déposé le 27 janvier 2011 une requête de mesures provisionnelles par laquelle il a conclu notamment à ce qu'il soit dit qu'il contribuerait à l'entretien des siens par le régulier service d'une pension mensuelle fixée à dire de justice, payable d'avance le 1^{er} de chaque mois en mains de B.R._____, dès et y compris le 1^{er} février 2011 (III).

A l'appui de sa requête, A.R._____ a déclaré en substance que les prestations compensatoires reçues de son ex-employeur [...] du fait de son licenciement lui avaient permis de vivre jusqu'à fin 2010 en payant pendant près de deux ans une pension alimentaire inchangée à son épouse et à ses deux enfants. Depuis son licenciement, il avait cherché du travail salarié, tout en essayant de développer une activité indépendante dans le cadre de la raison individuelle [...], étant précisé qu'il ne pouvait émarger au chômage qu'à partir du 1^{er} février 2011 eu égard à l'indemnité de licenciement obtenue. Il relevait également que la tentative de se mettre à son compte n'avait pas porté ses fruits et qu'il entendait profiter des indemnités de l'assurance chômage pour tenter de retrouver un travail salarié. Selon lui, dans le cadre du chômage, il toucherait l'indemnité maximum qui s'élevait à 8'400 fr. brut par mois, soit

environ 7'500 fr. net par mois. Il réclamait ainsi que ses obligations alimentaires soient adaptées à sa nouvelle situation financière.

b) B.R._____ a déposé le 22 mars 2011 une requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence par laquelle elle a notamment requis la mise en œuvre d'une expertise de A.R._____ afin de permettre de déterminer l'étendue du droit de visite dont celui-ci pouvait bénéficier sur ses enfants.

Par ordonnance du 22 mars 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les mesures d'extrême urgence précitées.

c) L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 5 avril 2011 en présence des parties et de leur conseil respectif.

S._____, conseiller en ressources humaines, a été entendu en qualité de témoin. Ce dernier s'occupe de la transition de carrière de A.R._____ depuis mai/juin 2009. Le témoin évalue les chances de son mandant de retrouver un emploi entre 30 et 40% dans un délai oscillant entre 9 à 18 mois. A cet égard, il déclare que A.R._____ a des compétences transposables dans d'autres secteurs que le domaine du tabac telle que l'industrie du luxe, étant précisé néanmoins que le domaine du tabac a mauvaise réputation et que l'industrie du luxe a tendance à engager du personnel à l'interne. Selon le témoin, dans les cas de figure similaires à celui de A.R._____, lorsque les démarches en vue de la réintégration professionnelle dans un poste similaire à celui exercé précédemment s'avèrent infructueuses, restent comme possibilités l'acceptation d'un poste de niveau inférieur impliquant une diminution de salaire de 20 à 50%, l'exercice éventuel de plusieurs postes à temps partiel, l'acceptation d'un contrat de durée déterminée comme le remplacement d'une personne exerçant une fonction similaire, le ralliement à un bureau de conseil dans son domaine de compétences ou encore la tentative d'établissement à son compte comme indépendant. Un bilan de compétences de A.R._____ a été effectué juste après son

licenciement. L'intéressé était alors très affecté par celui-ci, de sorte qu'un processus de deuil, d'acceptation et de reprise de confiance a été mis en place. Ce processus a été relativement long, à peu près trois ou quatre mois. Il y a eu des hauts et des bas mais à ce jour, la phase de deuil est terminée selon le témoin. Concernant le projet [...] mis en place par A.R._____, le témoin relève que celui-ci a été mené de manière très professionnelle et qu'il s'agissait d'un projet de haut vol auquel il n'a manqué que le financement. Pour mettre ce projet sur pied, il manquait entre 3 et 5 millions de francs suisses. Toutes les chances ont été données à ce projet qui nécessitait un investissement considérable en temps non seulement pour la conception mais également pour la recherche de financement. Selon le témoin, A.R._____ est allé jusqu'au bout du raisonnable pour ce projet. Eu égard aux faibles perspectives d'aboutissement du projet faute du financement nécessaire, il a été décidé courant janvier 2011 de réorienter la stratégie de repositionnement de A.R._____ sur le marché de l'emploi, soit en mettant de côté le projet précité au profit de l'utilisation du réseautage en faisant notamment appel à des chasseurs de tête. Il faut donner à A.R._____ une bonne année avant d'espérer trouver un emploi.

Les parties ont convenu de suspendre l'instruction des mesures provisionnelles relatives au calcul de la contribution d'entretien jusqu'au 20 avril 2011. Le conseil de A.R._____ a requis qu'il soit statué par voie de mesures préprovisionnelles sur les conclusions de la requête du 27 janvier 2011 si aucun accord n'était intervenu entre les parties au 20 avril 2011.

d) Par fax et courrier postal du 21 avril 2011, A.R._____ a précisé qu'il avait requis des mesures provisionnelles le 28 janvier 2011 et que depuis lors, il vivait avec les indemnités de chômage mais continuait à payer une pension mensuelle de 10'000 fr., allocations familiales en sus, soit plusieurs milliers de francs de plus que ses revenus mensuels. Aussi, il demandait à titre superprovisionnel l'adaptation de la pension provisionnelle à sa situation salariale réelle, ce dès le 1^{er} mai 2011.

Par ordonnance rendue le même jour, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles.

e) Par acte du 6 mai 2011, B.R._____ a conclu, avec suite de dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles déposée par son époux le 27 janvier 2011.

B.R._____ considérait notamment que les revenus effectifs ayant pu être estimés permettaient de maintenir la pension telle qu'arrêtée par les décisions des 4 janvier et 17 février 2011. A cet égard, elle a relevé en particulier qu'un montant total de 45'866 fr. 35 avait été crédité sur le compte [...] de son époux. En outre, elle a indiqué qu'il ressortait du relevé pour la période du 21 juin 2005 au 23 décembre 2010 du compte dont était titulaire A.R._____ auprès de la Banque T._____ en Suède que pour 2010, ce compte avait été crédité d'un montant de SEK 135'981.30, soit 19'104 fr. 70. Selon B.R._____, il s'agissait d'un revenu supplémentaire perçu par son époux dans le cadre d'une activité professionnelle déployée en Suède. A cela fallait-il encore ajouter les revenus que l'intéressé percevait sur ses placements s'élevant à 2'000 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 30 avril 2011.

f) Par écriture du 13 mai 2011, A.R._____ a complété sa requête de mesures provisionnelles du 27 janvier 2011 en ce sens qu'il soit dit qu'il contribuerait à l'entretien des siens par le régulier service d'une pension mensuelle de 1'500 fr., payable d'avance le 1^{er} de chaque mois en mains de B.R._____ dès et y compris le 1^{er} février 2011, allocations familiales non comprises.

A.R._____ relevait notamment que le montant des versements de 45'866 fr. 35 correspondait à la vente de ses actions [...], de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un revenu provenant d'une activité lucrative. Il en allait de même des versements sur le compte suédois susmentionné dans la mesure où il s'agissait de versements en

provenance de ses comptes suisses destinés à payer les intérêts hypothécaires de sa maison suédoise et ses frais de séjour en Suède.

5. La situation matérielle des parties est la suivante :

a) B.R._____ perçoit un salaire de 3'251 fr. par mois. Elle est co-titulaire du bail du logement dans lequel elle habite avec son compagnon, dont le loyer s'élève à 3'500 fr. par mois, charges comprises. Le montant total des primes d'assurance-maladie de la prénommée et de ses enfants est de 600 fr. par mois. Ses frais de transport s'élèvent à 400 fr. par mois.

b) A.R._____ émarge au chômage depuis le 1^{er} février 2011, ayant droit à une indemnité journalière de 387 fr. 10. Sa fortune et les revenus tirés de celle-ci ont fortement diminué; ainsi, par exemple, le prénommé disposait sur son compte privé [...] d'un solde de 126'314 fr. 85 au 30 août 2008, qui n'était plus que de 22'115 fr. 04 au 3 avril 2011. Il en va de même du compte [...] qui est passé d'un solde de \$ 46'117.60 au 31 décembre 2010 à un solde de \$ 27'541.32 au 31 mars 2011 ou encore du compte épargne [...] qui est passé d'un solde au 1^{er} janvier 2011 de 70'751 fr. 50 à un solde de 152 fr. 75 au 31 décembre 2010.

A.R._____ s'acquitte d'un montant mensuel de 2'800 fr. au titre du loyer et des charges y relatives. Ses primes d'assurance-maladie s'élèvent à 450 francs par mois. Ses frais de transport se montent à 200 fr. par mois.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de 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 (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, 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. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

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 (JT 2011 III 43 et les réf. citées).

L'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces (art. 316 al. 1 CPC). Elle peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC), les moyens de preuve nouveaux n'étant toutefois 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).

En l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner des mesures d'instruction, la cour de céans étant en mesure de statuer sur la base du dossier constitué en première instance. En particulier, les réquisitions de l'appelante tendant à la production par l'intimé des pièces 51 (soit le relevé complet du compte ouvert auprès de la Banque T._____ du 1^{er} janvier au 31 août 2011) et 52 (soit la comptabilité de la raison individuelle de l'intimé de sa création à ce jour) (cf. mémoire d'appel, p. 12) doivent être rejetées. En effet, le relevé du compte ouvert par l'intimé auprès de la Banque T._____ a été produit (sous pièce 59) et la production de la comptabilité de la raison individuelle de A.R._____ depuis sa création n'est pas pertinente dans le cadre du présent appel dans la mesure où il est suffisamment établi que l'intimé a dû abandonner son projet d'activité indépendante et que depuis le 1^{er} février 2011, émargeant au chômage, il n'exerce pas d'activité lucrative, dont les revenus constitueraient d'ailleurs des gains intermédiaires qui viendraient à ce titre en déduction des indemnités de chômage perçues. Enfin, s'agissant du témoin S._____, dont l'appelante requiert l'audition (cf. mémoire d'appel, p. 13), il apparaît que les déclarations du témoin prénommé ont été retranscrites dans l'ordonnance entreprise et que sa réaudition par la cour de céans ne se justifie pas, les éléments que le premier juge aurait selon l'appelante "omis de rappeler" (cf. mémoire d'appel, pp. 8-9) n'étant pas déterminants pour l'issue du litige.

Cela étant, il convient d'examiner successivement les questions litigieuses à la lumière des griefs formulés par l'appelante.

3. a) Dans un premier grief, l'appelante conteste l'existence de faits nouveaux permettant de revoir la situation des parties. Elle soutient que le fait que l'intimé émarge au chômage depuis le 1^{er} février 2011 serait la conséquence naturelle du licenciement de l'intéressé de [...]. Cet élément, nouveau par rapport à la convention de 2008, a entraîné une

modification de la situation en 2009, mais depuis lors, il a été considéré dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 janvier 2011, confirmée par l'arrêt rendu par le juge délégué de la Cour d'appel civile du 17 février 2011, que le licenciement de l'intimé "*ne constitue aucunement des circonstances nouvelles depuis la signature de la seconde convention de mesures protectrices* [de septembre 2009]" (cf. mémoire d'appel, pp. 3-4).

b) Selon la jurisprudence, les mesures protectrices de l'union conjugale – notamment celles fixant la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre (cf. art. 176 al. 1 ch. 1 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]) – prises avant la litispendance de l'action en divorce restent en vigueur, tant qu'elles n'ont pas été annulées ou modifiées par le juge des mesures provisoires (ATF 129 III 60, JT 2003 I 45; cf. art. 276 al. 2 CPC). Si des faits nouveaux justifient une modification de la réglementation antérieure, le juge du divorce est alors compétent pour modifier ou révoquer les mesures ordonnées (ATF 129 III 60 précité; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1). Une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1; TF 5A_27/2009 du 2 octobre 2009 c. 4.1).

c) En l'espèce, si le licenciement de l'intimé de [...] avait été pris en compte par les parties lors de la convention de mesures protectrices de l'union conjugale signée les 9 et 11 septembre 2009, de sorte qu'il a été jugé dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 janvier 2011, confirmée par l'arrêt rendu par le juge délégué de la Cour d'appel civile du 17 février 2011, que ce licenciement ne constituait pas un fait nouveau qui serait survenu depuis la signature de la convention précitée, il en va différemment du fait que l'intimé émarge au chômage depuis le 1^{er} février 2011. Il ressort en effet du dossier que les efforts

déployés par l'intimé pour développer une activité indépendante dans le cadre de la raison individuelle [...] n'ont pas pu aboutir faute du financement nécessaire et qu'il a dû se résoudre courant janvier 2011 à réorienter sa stratégie de repositionnement sur le marché de l'emploi en s'inscrivant au chômage - dont il ne pouvait bénéficier qu'à partir du 1^{er} février 2011 eu égard à l'indemnité de licenciement obtenue - et en tentant de retrouver un travail salarié. L'échec du développement de l'activité indépendante projetée et la réorientation de l'intimé vers une activité salariée, qui a pour conséquence qu'il touche actuellement, dans l'attente de trouver un emploi salarié, un revenu mensuel net de 6'500 fr. en chiffres ronds correspondant à l'indemnité journalière de l'assurance chômage perçue multipliée par 21,7 jours, impôt à la source déduit (cf. ordonnance attaquée, p. 13), constitue indubitablement un fait nouveau au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus.

Mal fondé, le moyen doit par conséquent être rejeté.

4. a) Dans un second grief, l'appelante reproche au premier juge d'avoir examiné les revenus de l'intimé sur la seule base du revenu provenant de son assurance chômage et d'avoir retenu que dans un examen *prima facie* des faits et moyens de la cause, l'appelante échouait dans la preuve de tout revenu supplémentaire de son époux. L'appelante soutient qu'elle aurait démontré dans son écriture du 6 mai 2011, notamment au chiffre 20 de cette dernière, qu'entre le 1^{er} janvier et le 30 avril 2011, l'intimé aurait perçu un montant total de 80'786 fr. 35 (soit un montant mensuel moyen de 20'196 fr. 60), comprenant, outre les indemnités versées par le chômage (4 x 6'630 fr.), deux bonifications sur le compte de l'intimé auprès du [...] par 45'866 fr. 35, un montant mensuel moyen de 1'600 francs perçu en Suède (4 x 1'600 fr.) et des revenus sur placement de 2'000 francs (cf. mémoire d'appel, pp. 4-8).

b) Comme le retient à juste titre l'ordonnance entreprise, rien ne permet en l'état de la cause de considérer que le montant total de 45'866 fr. 35 crédité sur le compte de l'intimé auprès du [...] constituerait

des revenus provenant d'une activité lucrative, ce qu'il appartenait à l'appelante d'établir. En effet, il ressort des pièces produites que ces montants ont été bonifiés par l'intimé lui-même et non par un tiers et qu'ils proviennent de deux opérations de vente de ses titres [...] déposés sur son compte [...]. On peut se référer à cet égard à l'écriture de l'intimé du 13 mai 2011 (p. 3) et à la pièce 1001 produite par l'intéressé le 17 janvier 2011 (récapitulatif des encaissements et des dépenses de 2009 et 2010 sur son compte salaire).

Quant aux montants versés sur le compte de l'intimé en Suède, ils proviennent de son compte suisse et pas d'une activité lucrative qui serait exercée en Suède. On peut se référer à cet égard à l'écriture de l'intimé du 13 mai 2011 susmentionnée (pp. 3-4) et aux pièces qui y sont citées. Il ne suffit pas d'affirmer, comme le fait l'appelante, qu'on ne comprend pas quelles seraient les raisons de l'intimé de se rendre si fréquemment en Suède si ce n'est pour y exercer une activité lucrative.

Enfin, le revenu de 2'000 fr. mentionné par l'appelante représente le revenu annuel d'un résidu de la fortune de l'intimé et correspond à moins de 170 francs par mois, ce qui est négligeable. On peut se référer à cet égard encore à l'écriture de l'intimé du 13 mai 2011 (p. 5) et aux pièces qui y sont citées. A l'instar du premier juge, on relève que la fortune et les revenus tirés de la fortune de A.R._____ ont fortement diminué et sont aujourd'hui négligeables dans le sens où l'on ne saurait attendre du prénommé qu'il puise dans ceux-ci pour assurer le paiement de la contribution d'entretien due en faveur des siens (cf. ordonnance attaquée, p. 13).

Mal fondé, le moyen doit également être rejeté.

5. a) Dans un troisième et dernier grief, l'appelante reproche au premier juge d'avoir mal appliqué les règles jurisprudentielles permettant d'imputer au débirentier une capacité contributive hypothétique. Selon l'appelante, il résulterait du témoignage de S._____, qui aurait été

reproduit de manière partielle seulement dans l'ordonnance entreprise, que compte tenu de la clause de prohibition de concurrence déployant ses effets jusqu'en mai 2010, des recherches effectuées par l'intimé en vue de retrouver une activité de salarié dans le même domaine que celui dans lequel il était actif précédemment lui auraient permis selon toute vraisemblance et selon la déclaration du témoin prénommé de retrouver une place de travail. Ayant pris seul le risque de se lancer dans une activité indépendante, l'intimé devrait en assumer seul les conséquences. En renonçant délibérément à rechercher une activité salariée, qu'il aurait pu retrouver environ 12 à 16 mois après son licenciement, au profit du développement d'un projet dont la réalisation était de toute évidence plus que compromise dès son origine, l'intimé aurait renoncé intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, au sens de la jurisprudence (ATF 128 III 4; ATF 127 III 136).

b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille – et notamment la contribution pécuniaire à verser par l'un conjoints à l'autre dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (cf. art. 176 al. 1 ch. 1 et 163 al. 1 CC; voir p. ex. TF 5A_914/2010 du 10 mars 2011) ou de mesures provisoires dans un procès en divorce (cf. art. 276 al. 1 CPC; voir p. ex. TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1) – en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur; il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les références citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1

partiellement publié aux ATF 129 III 577; TF 5A_894/2010 précité c. 3.1; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1 et les références citées).

Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité ou augmente celle-ci, eu égard notamment à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit; lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus, ou les augmenter, en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement accomplir; en revanche, savoir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu du marché du travail, sont des questions de fait (ATF 128 III 4 c. 4; ATF 126 III 10 c. 2b; TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.1; TF 5A_795/2010 du 4 février 2011 c. 3.2). Le juge doit les examiner concrètement et, s'agissant du salaire, éventuellement en se basant sur l'enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources telles que des conventions collectives de travail (ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A_894/2010 précité c. 3.1).

c) En l'espèce, il ressort du dossier de la cause, et en particulier du témoignage de S._____, tel que retranscrit dans l'ordonnance attaquée (pp. 7-8) que, depuis son licenciement, A.R._____ a investi un temps considérable à la mise en place d'un projet d'activité indépendante, projet qui n'a finalement pas abouti faute du financement nécessaire. Selon ce témoignage, un bilan de compétences de A.R._____ a été effectué juste après son licenciement. Le prénommé était alors très affecté par son licenciement, de sorte qu'un processus de deuil, d'acceptation et de reprise de confiance a été mis en place et a pris un temps relativement long, à peu près trois ou quatre mois. Il y a eu des hauts et des bas mais à ce jour, la phase de deuil est terminée selon le témoin. Concernant le projet [...] mis en place par A.R._____, le témoin relève que celui-ci a été mené de manière très professionnelle et qu'il s'agissait d'un projet de haut vol auquel il n'a manqué que le financement.

Pour mettre ce projet sur pied, il manquait entre 3 et 5 millions de francs suisses. Toutes les chances ont été données à ce projet qui nécessitait un investissement considérable en temps non seulement pour la conception mais également pour la recherche de financement. Selon le témoin, A.R. _____ est allé jusqu'au bout du raisonnable pour ce projet. Eu égard aux faibles perspectives d'aboutissement du projet faute du financement nécessaire, il a été décidé courant janvier 2011 de réorienter la stratégie de repositionnement de l'intéressé sur le marché de l'emploi, soit en mettant de côté le projet [...] au profit de l'utilisation du réseautage en faisant notamment appel à des chasseurs de tête. Selon le témoin, il faut donner à A.R. _____ une bonne année avant d'espérer trouver un emploi.

Il résulte des déclarations du témoin S. _____, qu'il n'y a pas de raisons de mettre en doute, que l'intimé s'est investi totalement dans son projet d'activité indépendante, qu'il a mené de manière très professionnelle et qu'il n'a dû se résoudre à abandonner pour se remettre à chercher une activité salariée qu'en raison d'un manque de financement. On ne saurait donc prétendre, comme le fait l'appelante, que l'intimé aurait volontairement renoncé à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille. Il apparaît au contraire que si l'intimé a pris le risque de se lancer dans une activité indépendante, c'est parce qu'il pouvait objectivement espérer en retirer des gains confortables, comme cela avait été retenu dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 janvier 2011 et dans l'arrêt du 17 février 2011. On ne saurait donc lui faire le reproche d'avoir volontairement renoncé à des revenus qu'il aurait pu réaliser, dès lors que, ayant constaté que l'activité indépendante ne lui permettait pas de réaliser les gains escomptés, il s'est inscrit au chômage dès le mois de février 2011 et a cherché à reprendre une activité salariée.

Selon l'appelante, il résulterait d'une "synthèse" des déclarations du témoin S. _____ que, l'intimé ayant été licencié en mai 2009, la période de "deuil" de 3 à 4 mois pouvait prendre fin en juillet/août 2009, de sorte qu'en tenant compte d'une période de recherche d'emploi d'environ 9 à 12 mois depuis ce mois de juillet 2009, l'intimé aurait raisonnablement pu espérer trouver un emploi aux alentours du mois de

mai 2010 voire de l'été 2010, compte tenu de la clause de prohibition de concurrence déployant ses effets jusqu'en mai 2010. Or, la question n'est pas de savoir si, dans l'hypothèse où il aurait décidé de rechercher immédiatement une nouvelle activité dépendante, l'intimé aurait retrouvé un emploi lui permettant de continuer à verser la même contribution à l'entretien des siens, mais bien si, après l'échec de son projet d'activité indépendante qu'il a mené dans les règles de l'art, on peut d'emblée lui imputer une capacité contributive hypothétique supérieure aux indemnités de chômage touchées. En l'occurrence, la réponse à cette question est clairement négative, de sorte que c'est à juste titre que le premier juge s'est fondé, pour statuer, sur le revenu mensuel net de 6'500 fr. en chiffres ronds - correspondant à l'indemnité journalière de l'assurance chômage perçue multipliée par 21,7 jours, impôt à la source déduit - effectivement perçu par l'intimé depuis le 1^{er} février 2011.

6. a) Selon la jurisprudence, le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux; tant que dure le mariage, chacun des conjoints a le droit de participer de la même manière au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa), la fixation de la contribution d'entretien ne devant pas anticiper sur la liquidation du régime matrimonial (TF 5A_453/2009 du 9 novembre 2009 c. 5.2).

Lorsque les parties sont dans une situation matérielle favorable (sur cette notion : TF 5A_288/2008 du 27 août 2008 c. 5.4), il convient de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien des conditions de vie antérieures, qui constituent la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités; TF 5A_453/2009 du 9 novembre 2009 c. 5.2; TF 5A_515/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.1; TF 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2; TF 5P.138/2001 du 10 juillet 2001 c. 2a/bb, publié in FamPra.ch 2002, p. 333).

Dans les autres cas, le juge peut appliquer la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent, qui consiste à évaluer les

ressources respectives des conjoints, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital du droit des poursuites (art. 93 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]), élargi des dépenses incompressibles, et enfin à répartir le solde disponible, après couverture de leurs charges respectives, de manière égale entre eux (TF 5P.504/2006 du 22 février 2007 c. 2.2.1; TF 5C.180/2002 du 20 décembre 2002 c. 5.2.2, publié in FamPra.ch 2003, pp. 428 ss, 430 et les citations). A cet égard, un partage par moitié du montant disponible, alors que les charges n'ont été prises en compte que selon les normes du minimum vital, paraît toutefois inéquitable lorsque l'époux attributaire a la charge de plusieurs enfants communs (ATF 126 III 8 c. 3c, JT 2000 I 29; Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993 pp. 425 ss, spéc. p. 447). Un simple partage par deux du solde disponible ne répondrait ni au principe d'équivalence (l'époux qui s'occupe personnellement des enfants a une prétention qui permet de prélever, pour la satisfaction des besoins familiaux, tout ce qui excède les besoins élémentaires du débiteur), ni à la lettre et à l'esprit de l'art. 164 CC - applicable en cas de vie séparée - qui parle d'un montant équitable (Perrin, ibidem; ATF 114 II 301). Un partage du montant disponible par 60% en faveur de l'épouse et 40% pour l'époux, voire par $\frac{2}{3}$ - $\frac{1}{3}$, échappe dans un tel cas à la critique (CACI 18 février 2011/3; CACI 14 mars 2011/15).

S'agissant des revenus, on tiendra compte pour les personnes salariées du salaire net. Ce dernier comprend, outre le revenu du travail, les éventuelles indemnités perte de gain, les gratifications qui constituent un droit de l'employé et les défraiements, s'ils ne correspondent pas à des frais réellement encourus par celui qui les perçoit (Chaix, Commentaire Romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 7 ad art. 176 CC). Les allocations familiales ne font pas partie du revenu des conjoints dès lors qu'elles doivent être attribuées à l'entretien des enfants exclusivement (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, spéc. pp. 81-82).

Dans les charges incompressibles des époux, il y a lieu de prendre en compte notamment les frais de logement, les coûts de santé (avant tout les primes d'assurance-maladie obligatoire), les frais de déplacement et de repas hors du domicile s'ils sont indispensables à l'exercice de la profession, les impôts, les dettes contractées d'entente pour l'entretien du ménage et le montant de base mensuel fixé dans les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillite de Suisse - montant qui est actuellement fixé notamment à 1'200 fr. pour un débiteur vivant seul, à 1'700 fr. pour un couple marié et à 600 fr. pour l'entretien de chaque enfant de plus de 10 ans - (Chaix, op. cit., n. 9 ad art. 176 CC et les réf. citées). S'agissant du minimum vital, il convient de préciser que l'office des poursuites fixe le montant de base du débiteur vivant en concubinage en principe à la moitié du montant de base prévu pour un couple marié (ATF 130 III 765).

b) En l'espèce, il peut être fait application de la méthode du minimum vital. Il y a ainsi lieu de retenir, à l'instar du premier juge, que B.R._____ dispose d'un revenu de 3'251 fr. par mois, pour des charges mensuelles s'élevant à 4'800 fr. au total, savoir 1'750 fr. au titre de frais de logement (soit la moitié du loyer du bail dont elle est co-titulaire avec son compagnon), 600 fr. pour son assurance-maladie et celle de ses enfants, 400 fr. de frais de transport et 2'050 fr. au titre de montant de base pour son propre minimum vital et celui de ses enfants ($[1'700 \text{ fr.} / 2] + [2 \times 600 \text{ fr.}]$), de sorte que le budget mensuel de la prénommée présente un déficit de 1'549 francs. Quant à A.R._____, on peut retenir un revenu mensuel net de 6'500 fr. (c. 5c supra) et des charges mensuelles pour un montant total de 4'650 fr., savoir 2'800 fr. pour le loyer et les charges y relatives, 450 fr. d'assurance-maladie, 200 fr. de frais de transport et 1'200 fr. au titre de base pour son minimum vital, de sorte que le budget mensuel du prénommé présente un excédent de 1'850 francs. La répartition du solde disponible à raison de 60% pour l'épouse, qui a la garde des enfants, et de 40% pour l'époux échappe à la critique, au vu de la jurisprudence exposée au c. 6a ci-dessus. Cela étant, la fixation par le

premier juge du montant de la contribution d'entretien due par A.R. _____ à 1'700 fr. par mois, allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2011, peut être confirmée.

7. a) Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance attaquée confirmée.

Dès lors que l'appelante succombe, son conseil d'office est rémunéré équitablement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a CPC) et les frais judiciaires de deuxième instance, qui doivent être arrêtés à 2'500 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, celui-ci n'ayant pas été invité à se déterminer sur l'appel et n'ayant donc pas encouru de frais dans la procédure d'appel.

b) Sur le vu de la liste des opérations et débours produite, l'avocat Alain Dubuis, conseil d'office de l'appelante, a droit à une indemnité de 1'156 fr. 70, comprenant un défraiement de 1'071 fr. plus 85 fr. 70 de TVA (art. 2 et 3 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]).

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.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
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, par 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.
- V.** L'indemnité d'office de Me Alain Dubuis, conseil de l'appelante B.R._____, est arrêtée à 1'156 fr. 70 (mille cent cinquante-six francs et septante centimes), TVA et débours compris.
- VI.** 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.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 22 novembre 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

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 Alain Dubuis (pour B.R. _____),
- Me Christine Marti (pour A.R. _____).

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).

Le greffier :