

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 juin 2013

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffière : Mme Tille

Art. 176 al. 1 ch. 1, 179 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **G.**_____, à Fribourg, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 23 avril 2013 par le Président du Tribunal civil de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **I.**_____, à Lausanne, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 23 avril 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2012 par G._____ (I), dit que G._____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de 500 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains d'I._____ dès le 1^{er} avril 2013 (II), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (III) et déclaré la présente ordonnance immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le premier juge a examiné les conditions de l'art. 179 CC (Code civil du 10 décembre 1907, RS 210) et a considéré que le requérant avait rendu vraisemblable que sa situation financière avait changé au point de justifier une modification, au stade des mesures provisionnelles, de la contribution d'entretien due par G._____ en faveur des siens. Il a ensuite arrêté le montant de celle-ci en tenant compte des ressources financières et des charges respectives des parties.

B. Par acte du 3 mai 2013, G._____ a interjeté appel contre cette ordonnance et conclu, sous suite de frais et dépens, principalement à la réforme de la décision en ce sens que G._____ est astreint à verser une contribution d'entretien de 150 fr. par mois en faveur des siens dès le 1^{er} avril 2013 jusqu'à droit connu sur le fond, subsidiairement à l'annulation de la décision et à son renvoi au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'appelant a produit un onglet de pièces sous bordereau. Le 4 juin 2013, il a également produit les pièces requises sur ordre du 10 mai 2013 du Juge délégué de la Cour de céans, soit une liste de ses recherches d'emploi effectuées à compter du 1^{er} mars 2013 ainsi que sa fiche de salaire du mois d'avril 2013.

Par ailleurs, l'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par décision du 10 mai 2013, le Juge délégué de la Cour de céans a refusé d'accorder l'effet suspensif à l'appel.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer. Elle s'est toutefois exprimée spontanément, par lettre du 5 juin 2013, au sujet de la pièce produite le 4 juin 2013 par l'appelant.

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

1. Le requérant G. _____ et l'intimée I. _____ se sont mariés le 2 juillet 2006 et ont eu un enfant, [...], née le 13 septembre 2006.

Les parties vivent séparées depuis le mois de juin 2009 et n'ont pas repris la vie commune depuis lors.

G. _____ est ingénieur diplômé en génie civil EPFL. Il est également détenteur d'un master en planification des transports EPFL et a effectué une formation postgrade en gestion d'entreprise auprès de la Faculté des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne (HEC).

2. Le 3 juin 2009, les parties ont signé une convention, ratifiée par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, qui fixait la contribution d'entretien à 2'500 fr. par mois, allocations familiales en sus.

L'appelant percevait alors un revenu mensuel net de 8'448.50 en tant que « Project Manager » auprès de la société [...]. Il a toutefois perdu cet emploi en juillet 2009.

Le montant de cette contribution d'entretien a été confirmé par prononcé du 14 août 2009 de la Présidente du Tribunal civil et par arrêt sur appel rendu le 23 novembre 2009 par le Tribunal d'arrondissement de Lausanne. Celui-ci a considéré notamment que le requérant était apte à travailler, qu'il n'avait cependant pas fourni tous les efforts requis pour trouver un nouvel emploi rémunéré à hauteur de son obligation d'entretien, et que ses chances de trouver rapidement un autre emploi étaient élevées, de sorte qu'un revenu hypothétique devait lui être imputé à hauteur de 6'913 fr. 15.

Le Président du Tribunal civil de Lausanne a maintenu le montant de la contribution à 2'500 fr. par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 septembre 2011.

Du mois de décembre 2009 à décembre 2012, le requérant a essentiellement vécu à Cuba, où il percevait un revenu variable.

En novembre 2012, le requérant est revenu en Suisse avec sa nouvelle compagne et leur fils [...], né le 30 mars 2011. Depuis le 12 novembre 2012, il travaille pour le compte de [...]. Son revenu mensuel brut initialement prévu était de 6'460 francs. Toutefois, depuis le 7 décembre 2012, ce montant a été ramené à 4'300 fr. brut par mois, plus 310 fr. de frais d'abonnement de train et d'un montant variable à titre de remboursement d'autres frais (« Rückerstattung Auslagen »). Son revenu n'a pas changé depuis lors.

L'intimée I. _____ travaille quant à elle à temps partiel en qualité de secrétaire pour l'entreprise [...]. Son revenu mensuel net moyen est de 450 francs. Depuis le 1^{er} février 2013, elle perçoit également un montant de 2'790 fr. 15 au titre de Revenu d'insertion (RI). Elle a la garde de l'enfant commune du couple, âgée de six ans.

Le requérant a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 10 septembre 2012. Par requête de mesures provisionnelles

du même jour, il a conclu à ce qu'il soit dispensé du versement de toute contribution alimentaire en faveur de sa famille, dès le dépôt de la requête et jusqu'à l'issue de la procédure de divorce.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 novembre 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de G._____ et maintenu le montant dû à 2'500 fr, allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois.

Le 19 décembre 2012, le requérant a déposé une nouvelle requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles auprès du Président du Tribunal civil, par laquelle il a conclu à ce que la contribution d'entretien soit ramenée à 150 fr. par mois. Les mesures superprovisionnelles ont été refusées par décision du 20 décembre 2012.

Toutefois, par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 16 janvier 2013, le Président du Tribunal civil a modifié la contribution d'entretien pour la fixer à 150 fr. par mois, allocations familiales en sus.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 3 avril 2013, le requérant a confirmé ses conclusions, alors que l'intimée a conclu au rejet de la requête et au maintien de la contribution de 2'500 fr. prévue initialement, subsidiairement à la fixation de la contribution d'entretien à dire de justice.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (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). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est formellement recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, p. 134). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibid., p. 135). 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; Tappy, ibid., p. 136).

b) 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; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 317 CPC). 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 (JT 2011 III 43 et les références citées).

La Cour d'appel civile considère que des novas peuvent être en principe librement introduits en appel dans les causes réglées par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial.

En l'espèce, outre les pièces requises par le Juge délégué de la Cour de céans, l'appelant a produit un lot de onze pièces réunies sous bordereau. Parmi celles-ci, seules les fiches de salaire de l'appelant pour les mois de janvier et février 2013 n'avaient pas été produites devant le premier juge et dans le cadre de la procédure de demande unilatérale en divorce et ne figuraient pas encore au dossier. S'agissant de fixer une contribution d'entretien, notamment pour la fille mineure des parties, ces pièces sont recevables.

3.

3.1 En substance, l'appelant fait grief au premier juge d'avoir mal évalué sa situation financière, de sorte qu'il n'est pas en mesure, sauf à entamer son minimum vital, de s'acquitter de la contribution d'entretien mensuelle de 500 fr. due aux siens.

3.2 Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phr. CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1; TF 5A_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle

et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et réf.; TF 5A_811/2012 du 18 février 2013 c. 3.2 et réf.; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 c. 4.1 et les arrêts cités).

Pour fixer la contribution d'entretien due au conjoint à titre de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, auquel l'art. 276 CPC renvoie par analogie (Tappy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 276 CPC), le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (art. 163 al. 2 CC). L'art. 163 CC demeure en effet la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux (ATF 130 III 537 c. 3.2). Le juge doit ensuite prendre en considération que, en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, à savoir l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Il se peut donc que, à la suite de cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée dans l'ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC; ATF 137 III 385 c. 3.1.). Le principe du *clean break* ne joue par conséquent aucun rôle dans le cadre des mesures provisionnelles. De même, à lui seul, le fait que l'épouse dispose d'un disponible après couverture de son minimum vital n'est pas décisif non plus (TF 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3). Si la situation financière des époux le permet encore, le standard de vie antérieur, choisi d'un commun accord, doit être maintenu pour les deux parties. Quand il n'est pas possible de conserver ce niveau de vie, les

époux ont droit à un train de vie semblable (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités; TF 5A_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010 p. 894; ATF 119 II 314 c. 4b/aa). Le juge peut ainsi être amené à adapter la convention conclue pour la vie commune, à la lumière de ces faits nouveaux (TF 5A_236/2011 du 18 octobre 2011 c. 4.2.3; sur le tout TF 5A_301/2011 du 1^{er} décembre 2011 c. 5.1.; TF 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; ATF 137 III 604 c. 4.1.1).

3.3 a) En l'espèce, l'appelant fait d'abord valoir à juste titre que, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, il ne gagne pas 4'010 fr. net mais environ 3'800 fr. par mois. Le décompte de son salaire afférent au mois d'avril 2013 fait en effet apparaître un salaire brut de 4'300 fr. et des déductions sociales de 807 fr. 45 (221.45 + 47.30 + 47.30 + 438.10 + 53.30). On peut s'étonner de la modicité de ce salaire servi à un ingénieur qualifié par une entreprise qui l'emploie depuis le mois de novembre 2012. Toutefois, en l'état, rien ne permet de retenir l'existence d'une rémunération cachée.

b) L'appelant soutient ensuite que ses charges doivent comprendre la prime d'assurance maladie de sa concubine, dès lors que celle-ci, arrivée de Cuba en novembre 2012 et ne maîtrisant pas le français, n'a pas de revenu. Il n'a cependant pas d'obligation d'entretien à son égard et elle doit être placée devant l'alternative de trouver un emploi ou de solliciter les prestations de l'aide sociale couvrant notamment sa prime d'assurance maladie. L'appelant ne saurait mettre de son chef l'intimée devant le fait accompli de l'entretien d'un tiers.

En revanche, c'est à bon droit que l'appelant se plaint de ce que le premier juge n'a pas pris en compte un montant de 400 fr. au titre de base mensuelle pour son fils [...]. L'entretien de celui-ci lui incombe en effet, puisque sa mère ne réalise aucun revenu.

c) L'appelant reproche par ailleurs au premier juge de ne pas avoir tenu compte du fait qu'il payait également 30 fr. par mois à titre de remboursement de l'assistance judiciaire dont il avait bénéficié lors de son précédent divorce. On ne saurait toutefois inclure ce montant dans ses charges, les dettes en matière d'assistance judiciaire devant céder le pas à une créance en contribution d'entretien.

d) Il faut au surplus prendre en considération le fait que l'appelant ne peut pas se voir imputer au titre de charge un loyer de 1620 fr. puisqu'il concerne un logement qu'il partage avec une tierce personne, à l'égard de laquelle il n'a pas d'obligation d'entretien et qui pourrait obtenir le cas échéant au titre de l'aide sociale une participation à ses frais de logement. C'est ainsi tout au plus un montant de 1000 fr. qui doit être retenu au titre de charge de loyer de l'appelant.

e) Enfin, les frais de transport de l'appelant sont pris en charge par son employeur, par le biais d'un remboursement mensuel du coût d'un abonnement général.

f) Au vu de ce qui précède le calcul du disponible de l'appelant se présente comme suit (en francs):

Salaire	3'800	
Loyer		1'000
Minimum vital adulte en concubinage		850
Base mensuelle pour l'enfant [...]		400
Droit de visite		150
Prime d'assurance de G. _____		411
Prime d'assurance de l'enfant [...]		87
<hr/> Total	3'800	2'898

Le solde positif mensuel de l'appelant s'élève ainsi à 902 francs. Dans ces circonstances, il n'est pas établi, fût-ce au degré de la vraisemblance, que la situation financière de l'appelant se soit péjorée au point de justifier une réduction de la contribution d'entretien en dessous de 500 francs. Partant, le moyen tiré par l'appelant d'une violation de l'art. 179 CC est infondé.

4. En conclusion, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée, dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC.

L'appel étant d'emblée dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire est rejetée.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 100 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1 CPC).

N'ayant pas été invitée à se déterminer, l'intimée n'a pas droit à des dépens.

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.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant G._____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 6 juin 2013

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 Robert Izzo, avocat (pour G. _____),
- Me Patrick Sutter, avocat (pour I. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :