

JUGE DELEGUÉE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 janvier 2013

Présidence de Mme CHARIF FELLER, juge déléguée
Greffier : M. Schwab

Art. 163, 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **O.**_____, à Belmont-sur-Lausanne, requérante, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 9 novembre 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **U.**_____, intimé, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 9 novembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 11 juillet 2012 par O._____ (I), dit que les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. et mis à la charge de la requérante, sont laissés à la charge de l'Etat (II), dit que la bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat (III), dit que O._____, est la débitrice de U._____ de la somme de 800 fr. à titre de dépens (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En substance, le premier juge a considéré que le lien conjugal des parties était irrémédiablement rompu et qu'il convenait ainsi d'appliquer les critères de l'entretien après divorce pour déterminer une éventuelle contribution d'entretien en faveur de la requérante. Il a pris en compte le fait que chaque partie avait assuré son propre entretien durant la vie commune et qu'aucune contribution d'entretien n'était prévue dans leur convention du 27 juin 2007. Il a également retenu que O._____, n'avait pas réclamé de pension alimentaire jusqu'au dépôt de sa requête de mesures provisionnelles du 11 juillet 2012, qu'elle percevait des revenus locatifs mensuels bruts de 2'400 euros environ et qu'elle était responsable de sa situation financière. La Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a en outre précisé que la situation financière de U._____, qui avait quitté la Suisse pour s'établir en Grèce, ne lui permettait pas de s'acquitter d'une pension alimentaire.

B. Par mémoire motivé du 22 novembre 2012, O._____, a fait appel de cette décision, concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que l'assistance judiciaire, sous forme d'exonération des frais de deuxième instance et de l'assistance d'un conseil d'office, soit accordée à O._____, avec effet rétroactif au 13 novembre 2012 (I), que l'appel soit admis (II) et que U._____ soit astreint au paiement d'une contribution d'entretien de

2'500 fr. par mois, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de O._____, dès et y compris le 11 juillet 2011 (III).

Par courrier du 4 décembre 2012, Me Stéphane Coletta a indiqué qu'il n'était plus le conseil de O._____, et qu'il souhaitait être relevé de sa mission de conseil d'office. Il a produit une liste d'opérations.

Par courrier du 12 décembre 2012, la juge déléguée de la Cour d'appel civile a dispensé O._____, de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

Par décision du 21 décembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment relevé Me Stéphane Coletta de son mandat avec effet au 4 décembre 2012 (I) et désigné en remplacement Me Mireille Loroch, dès le 21 décembre 2012, dans la cause en divorce qui opposent les parties (II).

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

1. O._____ le [...] 1957, et U._____, né le [...] 1963, se sont mariés le [...] 1994 à Weggis (Lucerne).

Aucun enfant n'est issu de cette union. Depuis l'automne de l'année 2004, les parties vivent séparées.

O._____, est la mère de deux filles, [...], née le [...] 1984, et [...], née le [...] 1986.

U._____ est le père de deux filles, [...], née le [...] 2005, et [...], née le [...] 2007.

2. Le 27 juin 2007, lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties ont signé une convention

prévoyant notamment que les époux vivraient séparés pour une durée de six mois (I) et qu'ils ne s'adresseraient plus l'un à l'autre sans passer par l'intermédiaire de leurs conseils, O._____, admettant qu'elle n'avait aucun droit juridique ou moral sur les enfants de U._____ (II).

Par demande unilatérale en divorce du 9 février 2012, U._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que le mariage des parties soit dissous par le divorce (I), qu'aucune contribution d'entretien ne soit due entre les parties après divorce (II), que le régime matrimonial soit considéré comme dissous, chaque partie demeurant propriétaire des biens et objets en sa possession (III) et que les prestations acquises par les parties durant le mariage au titre de deuxième pilier ne soient pas partagées (IV).

A l'occasion d'une audience de conciliation du 16 mai 2012, les parties ont signé une convention prévoyant notamment qu'aucune prétention ne serait formulée dans le cadre du régime matrimonial des époux, qu'ils ont considéré comme dissous et liquidé, chaque époux étant reconnu seul propriétaire des biens meubles en sa possession (I) et que les avoirs LPP des parties seraient partagés par moitié conformément à l'art. 122 CC (II), les parties requérant la ratification de la convention pour valoir jugement de divorce (III).

Par réponse du 11 juillet 2012, O._____, a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que U._____ soit astreint au paiement d'une contribution d'entretien mensuelle de 2'500 fr. par mois en sa faveur (I).

3. Par requête de mesures provisionnelles du 11 juillet 2012, O._____, a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que U._____ soit astreint au paiement d'une contribution d'entretien mensuelle de 2'500 fr. par mois en mains de la requérante dès le 11 juillet 2011 (I) et que l'ordonnance de mesures provisionnelles à intervenir soit immédiatement exécutoire (II).

Lors de l'audience de mesures provisionnelles et de premières plaidoiries du 10 octobre 2012, les parties ont complété leur convention du 16 mai 2012 en prévoyant le transfert d'un montant de 11'125 fr. du compte de libre passage de U. _____ sur le compte de libre passage de O. _____ (Ilbis).

A l'occasion de cette audience, l'intimé a déclaré qu'il percevait des revenus mensuels de 500 euros environ, qu'il versait environ 200 euros par mois pour ses deux filles (domiciliées en Islande), qu'il ne payait aucun loyer, qu'il était partiellement entretenu par sa compagne actuelle qui percevait des revenus plus importants que les siens, qu'il n'était pas en mesure de chiffrer ses frais courants, que les primes de son assurance maladie étaient prises en charge par son employeur, qu'il travaillait entre seize et vingt heures par semaine, qu'il donnait également des cours privés, que son taux d'activité était ainsi supérieur à 100 % et qu'il se déplaçait par bus, métro, train ou voiture. U. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la requête de mesures provisionnelles du 11 juillet 2012. Pour sa part, O. _____, a précisé qu'elle avait refusé de demander une rente AI car elle estimait ne pas être malade.

4. O. _____, est diplômée en qualité de professeur de français et d'eurythmiste thérapeute. Elle a travaillé comme art thérapeute et eurythmiste au sein de l'institution "[...]", à Saint-Barthélémy, jusqu'à son licenciement intervenu au mois de mars 2006. Elle a alors perçu des indemnités de l'assurance chômage jusqu'au 20 mars 2009. Le 9 avril 2009, la requérante a demandé à être mise au bénéfice du revenu d'insertion. Par décision du 14 juillet 2009, confirmée par un arrêt rendu le 24 septembre 2010 par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, le Service de prévoyance et d'aide sociales a refusé d'octroyer le revenu d'insertion à la requérante qui a, dès lors, été soutenue financièrement et hébergée par sa famille ainsi que des amis. O. _____, est propriétaire d'une ferme à Seytroux (France) qui lui procure des revenus locatifs mensuels de 2'400 euros environ, montant qui lui permet de prendre en charge l'entretien de l'immeuble et de participer

partiellement aux besoins de l'association qui utilise les locaux de cette ferme.

U._____ a suivi une formation d'artiste peintre et d'enseignant des arts. Il vit avec sa compagne en Grèce où il enseigne la musique et la peinture. S'agissant de sa situation financière, il y a lieu de retenir qu'il perçoit un salaire mensuel moyen de 500 euros environ (c. 4 ci-après).

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 exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (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). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions de mesures provisionnelles et de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions ayant une valeur litigieuse,

capitalisée selon l'art. 92 CPC, supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable à la forme.

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 c. 2 et les réf. citées).

3. a) Dans un premier moyen, l'appelante reproche au premier juge d'avoir pris en considération les critères applicables à l'entretien après divorce (art. 125 CC [(Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210)]) pour déterminer l'éventuelle contribution d'entretien à fixer en sa faveur. En effet, elle estime que le lien conjugal des époux n'était pas irrémédiablement rompu dans la mesure où les parties avaient envisagé de reprendre la vie commune en 2007 et que l'intimé avait attendu le 9 février 2012 pour déposer une demande unilatérale en divorce. L'appelante considère ainsi que le premier juge aurait dû calculer une pension alimentaire en sa faveur selon la méthode dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent.

b) Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC – applicable par analogie lorsque le juge ordonne des mesures provisionnelles dans un procès en divorce (art. 276 al. 1 CC) –, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Il 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 divorce (art. 125 CC; ATF 137 III 385 c. 3.1.; TF 5A_301/2011 du 1er décembre 2011 c. 5.1; TF 5A_475/2011 du 12 décembre 2011 c. 4.1).

La prise en considération de ces critères ne signifie cependant pas que le juge des mesures provisionnelles puisse trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (ATF 137 III 385 c. 3.1.; TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.1., in FamPra.ch 2011 no 67 p. 993; TF 5A_591/2011 du 7 décembre 2011 c. 4.1.1. et réf.; TF 5A 522/2011 du 18 janvier 2012 c. 4.1.). Le principe du clean break ne joue par conséquent aucun rôle dans le cadre des mesures provisionnelles (cf. TF 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3).

Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite 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, 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, in FamPra.ch 2003, pp. 428 ss, notamment p. 430 et les réf. citées), étant précisé que lorsqu'un époux a encore la charge d'un ou plusieurs enfants, la répartition du solde disponible doit se faire selon une proportion équitable (Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993, p. 447).

Dans les charges incompressibles des époux, il y a lieu de prendre en compte notamment le montant de base mensuel fixé dans les lignes directrices élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillite de Suisse pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP – montant qui est actuellement fixé à 1'200 fr. pour un débiteur vivant seul, à 850 fr. pour un débiteur vivant en concubinage, à 400 fr. pour chaque enfant de moins de 10 ans et à 600 fr. pour chaque enfant de plus de 10 ans –, 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, ainsi que les dettes contractées d'entente pour l'entretien du ménage (Chaix, op. cit., n. 9 ad art. 176 CC et les réf. citées).

c) Le premier juge a considéré que le lien conjugal des parties était irrémédiablement rompu et que les critères de l'art. 125 CC devaient être appliqués au cas d'espèce, les parties étant séparées depuis l'année 2004 sans jamais avoir repris la vie commune. Conformément à la jurisprudence citée ci-dessus (ch. 3 let. b), la prise en compte des critères applicables à l'entretien après divorce ne saurait libérer l'intimé d'une éventuelle obligation d'entretien envers son épouse au stade des mesures provisionnelles; c'est ainsi à tort que le premier juge a appliqué les critères de l'art. 125 CC pour refuser de fixer une contribution d'entretien en faveur de l'appelante. Cela étant, dans son ordonnance du 9 novembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a analysé la situation de la partie intimée. Elle a estimé que les revenus de l'intimé ne lui permettaient pas de s'acquitter d'une contribution d'entretien, ce d'autant plus que l'appelante disposait d'autres moyens pour bénéficier d'un revenu régulier. Ainsi, en appliquant la méthode du

minimum vital, le premier juge serait parvenu au même résultat qu'en appliquant les critères issus de l'art. 125 CC et aucune pension n'aurait été octroyée à O._____.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

4. a) Dans un deuxième moyen, l'appelante conteste l'absence de revenu hypothétique imputé à l'intimé, celui-ci ayant quitté la Suisse et son emploi pour des raisons inconnues. Selon l'appelante, son époux serait en mesure de retrouver en Suisse un poste et un salaire similaires à ceux qu'il avait avant son départ à l'étranger, soit un poste de collaborateur auprès de la Fondation [...] pour un salaire de l'ordre de 5'000 francs. Elle ajoute que le montant du salaire que l'intimé prétend percevoir en Grèce, soit environ 500 euros par mois, n'est pas crédible.

b) Après le dépôt d'une demande de divorce, une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable et l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires (ATF 130 III 537 c. 3.2). Dans ces conditions, un conjoint peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, in Basler Kommentar, 3^{ème} éd., n. 10 ad art. 137 CC).

Le débiteur des contributions d'entretien est en principe libre de transférer son domicile à l'étranger. La perte de revenu qui en résulte ne peut cependant être invoquée au détriment du créancier d'entretien - en particulier de l'enfant mineur - lorsque le débiteur peut continuer de réaliser en Suisse le revenu dont il bénéficiait jusqu'ici et qu'il est possible de l'exiger de lui (TF 5A. 98/2007 du 8 juin 2007 c. 3. 3; TF 5A_513/2011 du 17 octobre 2012 c. 4). Le débiteur d'entretien vivant à l'étranger ne peut toutefois se voir imputer un revenu hypothétique de niveau suisse, s'il ne peut être exigé de lui de s'établir en Suisse et s'il avait suffisamment de raisons de quitter la Suisse. Dans un tel cas, il convient de se baser sur le revenu que le débiteur d'entretien perçoit ou pourrait percevoir en son lieu de séjour étranger (FamPra.ch. 2011 p. 510).

c) En l'espèce, l'appelante avait renoncé à toute contribution d'entretien en sa faveur déjà bien avant le départ de l'intimé à l'étranger. Aussi, l'on ne saurait reprocher à celui-ci d'avoir intentionnellement cherché à éviter la réalisation d'un revenu en Suisse au détriment de l'appelante, ce d'autant que le couple n'avait pas d'enfant en commun à la charge de celle-ci. Au vu du dossier, l'intimé, qui a notamment fait état du harcèlement continu et maléfique de l'appelante à son endroit, vit en Grèce avec sa compagne actuelle où tous les deux travaillent, et peut ainsi se prévaloir de raisons suffisantes l'ayant amené à s'établir dans ce pays. Conformément à la jurisprudence, il y a, dans un tel cas, lieu de se baser sur le revenu que l'intimé perçoit en Grèce. Or, les attestations concernant les revenus dont a bénéficié l'intimé en 2011 et 2012, en sa qualité d'enseignant de musique et peinture, produites à l'appui de sa demande en divorce, corroborent le montant mensuel moyen de 500 euros retenu par le premier juge. Le fait - contesté par l'appelante - que l'intimé prétend verser 200 euros par mois à ses enfants mineurs n'est dès lors pas déterminant, le revenu retenu ne permettant de toute manière pas d'octroyer une pension à l'appelante.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

5. Dès lors que l'intimé se trouve dans l'impossibilité de contribuer à l'entretien de l'appelante au vu de sa situation financière, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les considérations du premier juge au sujet de la situation personnelle de celle-ci, si ce n'est de retenir au vu dossier qu'elle perçoit des revenus locatifs mensuels bruts de 2'400 euros lui permettant de prendre en charge l'entretien de l'immeuble dont elle est propriétaire et de participer partiellement aux besoins de l'association qui l'occupe.

6. En conclusion, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

La condition de l'art. 117 let. b CPC n'étant pas remplie, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer; il n'y a ainsi pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance en sa faveur.

Par ces motifs,
la Juge déléguée 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'appelante.

V. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

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 Mireille Loroch (pour O. _____),
- Me Charles Munoz (pour U. _____).

La juge déléguée 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 :

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

Le greffier :