

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

---

---

Arrêt du 21 octobre 2011

---

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué  
Greffier : M. Corpataux

\* \* \* \* \*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, intimée et demanderesse au fond, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 29 septembre 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.B.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, requérant et défendeur au fond, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 29 septembre 2011, expédiée le même jour aux parties pour notification, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a modifié le chiffre II de la convention de mesures provisionnelles du 25 juin 2008 en ce sens que le requérant B.B. \_\_\_\_\_ n'est plus astreint à contribuer à l'entretien de sa famille, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011 (I), dit que le requérant devait informer l'intimée A.B. \_\_\_\_\_ de toute modification de sa situation financière (II), arrêté les frais de la procédure provisionnelle à 200 fr. pour le requérant et à 200 fr. pour l'intimée (III), dit que l'intimée devait verser 600 fr. au requérant à titre de dépens (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré son ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VI).

Le premier juge a retenu que le requérant vivait depuis le 1<sup>er</sup> juin 2011 au bénéfice des seules prestations de l'aide sociale et estimé qu'il n'était ainsi plus en mesure de contribuer à l'entretien des siens. Le premier juge a considéré par ailleurs que les conditions pour imputer au requérant un revenu hypothétique n'étaient pas remplies en l'espèce.

**B.** Par écriture du 5 octobre 2011, A.B. \_\_\_\_\_ a fait appel de cette ordonnance, concluant implicitement à ce que B.B. \_\_\_\_\_ soit astreint à verser une contribution d'entretien à tout le moins en faveur de leurs enfants. Elle s'en prend par ailleurs au chiffre du dispositif qui prévoit l'obligation du mari de l'informer de ses changements de situation et requiert la poursuite de la procédure au fond.

Bien qu'assistée d'un conseil d'office dans la procédure de divorce en cours, lequel a comparu à l'audience de mesures provisionnelles, l'appelante agit personnellement dans la présente cause.

B.B. \_\_\_\_\_ n'a pas été invité à se déterminer sur l'appel.

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

**a)** B.B.\_\_\_\_\_, né en 1962, et A.B.\_\_\_\_\_, née [...] en 1978, tous deux de nationalité congolaise, se sont mariés en 2001 à Nyon.

Deux enfants sont issus de cette union : M.\_\_\_\_\_, né en 1998, et W.\_\_\_\_\_, née en 1999.

Les parties vivent séparées depuis 2006, des séparations antérieures, ponctuées de réconciliations, ayant déjà eu lieu.

La vie séparée des époux a d'abord été réglée par une convention conclue le 5 décembre 2006, par laquelle B.B.\_\_\_\_\_ s'est notamment engagé à contribuer à l'entretien de ses enfants, dont la garde a été confiée à leur mère, par le versement d'une pension de 250 fr. par mois et par enfant, allocations familiales en sus.

Par demande du 18 mars 2008, A.B.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne et requis des mesures provisionnelles.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 25 juin 2008, les parties ont conclu une nouvelle convention prévoyant notamment le versement par B.B.\_\_\_\_\_ d'une pension de 1'500 fr., allocations familiales non comprises, pour l'entretien des siens, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, un avis au débiteur étant prévu en cas de retard dans le paiement de cette pension. B.B.\_\_\_\_\_ s'est reconnu en outre débiteur d'un montant de 16'500 fr. au titre d'arriérés de pensions de mi-février 2007 au 30 juin 2008.

Par requêtes de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 9 août 2011, B.B.\_\_\_\_\_ a saisi le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne en concluant à la

suppression, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011, de la pension mise à sa charge par la convention du 25 juin 2008.

Par décision du 10 août 2011, la requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée.

L'audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 9 septembre 2011. Les parties, assistées de leur conseil respectif, y ont été entendues.

**b)** La situation personnelle et financière des parties se présente comme il suit :

B.B.\_\_\_\_\_ est ingénieur en informatique, formation qu'il a acquise en Suisse. En 2003, après avoir épuisé son droit aux indemnités de chômage suite à la perte de son emploi où il percevait un revenu mensuel de 7'000 fr., il subvenait à ses besoins grâce au revenu minimum de réinsertion (RMR). Entre le 3 juin 2005 et le 31 mars 2008, il a été placé auprès de différents clients par une entreprise de placement temporaire. L'un de ces clients a ensuite conclu avec lui divers contrats de travail de durée limitée, à compter du 6 juin 2008, puis l'a engagé par contrat de durée illimitée à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2010 ; ce contrat a toutefois été résilié pour le 30 novembre 2010, le projet en cours ayant été annulé. Jusqu'en avril 2011, B.B.\_\_\_\_\_ a perçu des prestations de l'assurance-chômage, son gain assuré s'élevant alors à 6'795 fr. par mois. Il a alors fait de nombreuses démarches pour retrouver un emploi, en vain. Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2011, ayant épuisé son droit aux indemnités de l'assurance-chômage, il bénéficie des prestations de l'aide sociale et reçoit à ce titre un montant mensuel de 1'110 fr. pour son entretien, en sus du paiement direct de son loyer de 1'200 fr. et de son assurance-maladie de 77 fr. 95. Pour le surplus, B.B.\_\_\_\_\_ est débiteur alimentaire pour une fille issue d'une première union, née le 10 septembre 1993, la pension y relative étant toutefois demeurée impayée.

A.B.\_\_\_\_\_ a travaillé au sein d'un magasin jusqu'au 31 mai 2011, date à laquelle elle a perdu son emploi. N'ayant pas droit aux indemnités de l'assurance-chômage, elle bénéficie des prestations de l'aide sociale depuis le 1<sup>er</sup> juin 2011. Ses charges mensuelles incompressibles consistent en son loyer de 1'396 fr., des abonnements de bus pour les enfants, soit 18 fr. 80 par enfant, et les frais de tennis pour l'enfant W.\_\_\_\_\_ par 200 francs. Les primes d'assurance-maladie sont entièrement subsidiées.

### **En droit :**

**1. a)** L'ordonnance entreprise a été rendue le 29 septembre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

**b)** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), 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). 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 du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire, RSV 173.01]).

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 à la forme.

**2. a)** 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).

**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). 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).

En l'espèce, l'appelante ne fait pas valoir de faits ou de moyens de preuve nouveaux. Elle se réfère certes en appel au jugement rendu en 1999 concernant le précédent divorce de son époux. Cette pièce figure toutefois déjà au dossier de la procédure au fond, de sorte qu'elle n'est pas nouvelle au sens de l'art. 317 al. 1 CPC. L'état de fait peut ainsi être précisé en ce sens que l'intimé a été astreint à verser une contribution d'entretien en faveur de sa fille, née de cette union en septembre 1993, laquelle a été fixée à 700 fr., plus indexation, jusqu'à la majorité de l'enfant ou jusqu'à ce que celle-ci ait terminé sa formation. Vu la situation financière de l'intimé, il n'est pas indispensable de déterminer si cette enfant, aujourd'hui majeure, poursuit sa scolarité, de sorte que la contribution lui serait encore due, d'autant plus que cette contribution est demeurée impayée, comme l'a retenu le premier juge.

**3. a)** Dans un premier moyen, l'appelante reproche au premier juge de n'avoir pas imputé un revenu hypothétique à son époux dans la détermination de l'éventuelle contribution d'entretien mise à sa charge. Elle fait valoir que l'on ne peut faire confiance à son époux et, implicitement, que celui-ci serait en mesure de réaliser un revenu s'il le souhaitait.

**b)** Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien 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 réf. 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 ; ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3 ; TF 5A\_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation ou une non-diminution de son revenu est une question de droit ; en revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb ; ATF 126 III 10, JT 2000 I 121 c. 2b ; TF 5A\_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2. et les réf.). Le juge doit examiner concrètement ce point 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, par exemple les conventions collectives de travail (ATF 137 III 118 c. 3.2 ; TF 5A\_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1).

En présence de conditions financières modestes, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier. Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut cependant aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1).

Le versement régulier d'indemnités de chômage constitue un indice que le débirentier a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour retrouver un emploi ; on ne peut alors lui imputer un revenu hypothétique supérieur (TF 5A\_138/2010 du 8 juillet 2010).

**c)** En l'espèce, l'intimé, ingénieur en informatique de formation, est âgé de 50 ans, soit un âge difficile dans un marché aussi concurrentiel que celui de l'informatique. Après avoir épuisé son droit aux indemnités de l'assurance-chômage, l'intimé a déjà bénéficié en 2003 des prestations de l'aide sociale pour subvenir à ses besoins. Par la suite, il a retrouvé divers emplois temporaires, puis un emploi plus stable, occupé deux ans environ, avant que la société qui l'employait ne mette un terme à leur collaboration en raison de l'abandon d'un projet. Il a alors épuisé une nouvelle fois son droit au chômage et bénéficie depuis lors à nouveau des prestations de l'aide sociale. L'intimé a démontré, pièces à l'appui, qu'il avait, dans le passé, fait ce qu'il pouvait pour retrouver et conserver une activité lucrative. Dans ces conditions, il n'est pas possible de lui imputer un revenu hypothétique, dont on ne voit d'ailleurs sur quelle base il pourrait être calculé. On ne saurait en outre lui imputer par simplification un emploi de manutentionnaire dans une grande surface, dont il est au surplus loin d'être évident, vu son âge, qu'il l'obtienne.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

**4. a)** Dans un deuxième moyen, l'appelante s'en prend au chiffre du dispositif prévoyant une obligation de l'époux de l'informer de sa situation financière ; elle soutient qu'il ne la respectera jamais.

**b)** On peine à comprendre le grief de l'appelante dès lors que l'obligation d'information incombant à l'intimé lui est favorable. L'obligation faite à l'intimé d'informer l'appelante de tout changement est une conséquence de la décision de ne pas fixer de pension en l'état et vise à permettre à celle-ci, le cas échéant, de requérir de nouvelles mesures provisionnelles si la situation financière de l'intimé devait s'améliorer.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

**5. a)** Dans un troisième moyen, l'appelante requiert la poursuite de la procédure au fond.

**b)** Cette question n'est pas de la compétence du juge délégué, ni de la cour d'appel civile. Il appartiendra à l'appelante d'entreprendre, par l'intermédiaire de son mandataire d'office, les démarches nécessaires auprès du juge du fond.

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

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]), sont mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer 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 de A.B.\_\_\_\_\_, née [...], est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 24 octobre 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 :

- Mme A.B. \_\_\_\_\_
- Me Laurent Kohli (pour B.B. \_\_\_\_\_)

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 :

- Madame la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne

Le greffier :