

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

---

---

Arrêt du 27 septembre 2011

---

Présidence de M. COLELOUGH, juge délégué  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

**Art. 137 al. 2 aCC; 276 al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.M.**\_\_\_\_\_, à Genève, défenderesse, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 8 août 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.M.**\_\_\_\_\_, à Vevey, demandeur, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 8 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis les conclusions provisionnelles du demandeur B.M. \_\_\_\_\_ (I) supprimé avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2011 la contribution due par le demandeur pour l'entretien de la défenderesse A.M. \_\_\_\_\_ (II), dit que les frais judiciaires et les dépens de la procédure provisionnelle suivent le sort de la cause au fond (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (V).

En droit, le premier juge a considéré que, compte tenu d'un revenu mensuel de 5'650 fr. et de charges incompressibles, par 5'435 fr., le demandeur n'était plus en mesure de contribuer à l'entretien de la défenderesse sans entamer son minimum vital.

**B.** A.M. \_\_\_\_\_ a interjeté appel le 16 août 2011 contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que la requête du demandeur du 12 avril 2011 est rejetée. Elle a requis que l'effet suspensif soit accordé à l'appel, requête admise par décision du juge de céans du 22 août 2011. L'appelante a déposé un bordereau de pièces.

L'intimé B.M. \_\_\_\_\_, a conclu, le 6 septembre 2011, au rejet de l'appel.

Le 23 septembre 2011, l'intimé a produit trois pièces.

L'appelante a été entendue à l'audience du 23 septembre 2011, à laquelle l'intimé ne s'est pas présenté personnellement, malgré le refus du juge de céans du 23 septembre 2011 de le dispenser de comparution.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants :

Le demandeur B.M.\_\_\_\_\_, né le [...] 1970, et la défenderesse A.M.\_\_\_\_\_, née le [...] 1968, se sont mariés le [...] 1997 à Genève. Trois enfants sont issus de cette union : C.M.\_\_\_\_\_ née le [...] 1997; D.M.\_\_\_\_\_, né le [...] 1999 et E.M.\_\_\_\_\_, né le [...] 1999.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 juin 2008, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment autorisé les parties à vivre séparées pour une durée indéterminée (I), attribué au père la garde sur les enfants (II), octroyé un libre droit de visite à la défenderesse (III) et fixé à 3'000 francs par mois la contribution due par le demandeur pour l'entretien de la défenderesse dès le mois de mai 2008 (VII), montant porté à 2'770 fr. par mois versé treize fois l'an par arrêt sur appel de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 13 novembre 2008 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Ce prononcé retient pour le demandeur un minimum vital de 6'150 fr. (1'100 fr. de montant de base pour lui-même, 1'050 fr. de montant de base pour les trois enfants, 1'750 fr. de loyer, 500 fr. de primes d'assurance-maladie, 300 fr. de train/bus, 1'200 fr. de frais de ménage et de baby-sitting et 250 fr. de frais de repas au travail).

Le 20 août 2010, B.M.\_\_\_\_\_ a ouvert unilatéralement action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois en concluant, avec dépens, au divorce (I), à l'attribution au père de l'autorité parentale et de la garde sur les enfants (II), un droit de visite fixé à dire de justice étant octroyé à la mère (III), à la dissolution et à la liquidation du régime matrimonial selon précision à apporter en cours d'instance (IV) et au partage selon l'art. 122 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) des avoirs de prévoyance professionnelle (V).

Dans sa réponse du 18 octobre 2010, A.M.\_\_\_\_\_ a adhéré à la conclusion I de la demande et, reconventionnellement, a conclu, avec dépens, à l'attribution à la mère de l'autorité parentale et de la garde sur

les enfants (I), un droit de visite fixé à dire de justice étant octroyé au père (II), à ce que le demandeur contribue à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement d'une pension de 600 fr. par mois jusqu'à l'âge de quinze ans révolus et de 700 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou l'indépendance financière (III), à ce que le défendeur contribue à son entretien par le versement d'une pension dont le montant sera précisé en cours d'instance (IV), à l'indexation des contributions pour les enfants et pour elle-même (V), au partage selon l'art. 122 CC des avoirs de prévoyance, cas échéant selon précisions apportées en cours d'instance (VI) et à la dissolution, ainsi qu'à la liquidation du régime matrimonial selon précisions apportées en cours d'instance (VII).

Par arrêt du 24 février 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile, a fixé à 1'500 fr. par mois, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010, la contribution due par le demandeur pour l'entretien de la défenderesse. Cet arrêt retient que jusqu'au 31 mars 2011, date de prise d'effet de son licenciement, le salaire du demandeur convenu avec son employeur s'élevait à 8'876 fr. net par mois, ce salaire ne lui ayant pas été versé depuis le mois de septembre 2010, et que le demandeur s'était inscrit au chômage le 19 janvier 2011. Le juge délégué a considéré d'une part que le demandeur n'avait pas établi que sa période de chômage était durable et d'autre part qu'il convenait d'imputer à la défenderesse un revenu hypothétique de 1'500 fr., ce qui justifiait une réduction de la contribution à 1'500 fr. par mois.

Par requête de mesures provisionnelles du 31 mai 2011, B.M. \_\_\_\_\_ a requis du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, la suppression de la contribution litigieuse avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2011.

A l'audience de mesures provisionnelles du 21 juillet 2011, la défenderesse a conclu au rejet de la requête.

Le demandeur n'a pas retrouvé un emploi à la date de l'audience du 27 septembre 2011. Il a perçu de l'assurance-chômage des

indemnités nettes, allocations familiales non comprise de 5'650 fr. pour seize jours indemnisés au mois d'avril 2011, de 7'767 fr. 30 pour vingt-deux jours indemnisés au mois de juin et de juillet 2011 et de 7'414 fr. 25 pour vingt-et-un jours indemnisé au mois d'août 2011. Ses charges incompressibles atteignent 5'435 fr. (1'350 fr. de montant de base, 1'800 fr. de montant de base pour trois enfants de plus de dix ans, 1'800 fr. de loyer, 200 fr. de primes d'assurance-maladie et 285 fr. de frais de transports). Le demandeur a une compagne qui elle-même a un enfant, né en 2004. Celle-ci réalise un revenu de l'ordre de 2'000 fr. par mois.

Du 3 mars au 18 juillet 2011, la défenderesse a reçu dix réponses négatives à ses offres spontanées ou répondant à des annonces, notamment pour des postes de téléphoniste, réceptionniste ou hôtesse.

### **En droit :**

**1. a)** La décision attaquée a été rendue le 8 août 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

L'appel est recevable contre une ordonnance 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). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), 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 d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; 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 francs, l'appel est formellement recevable.

**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 (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, 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 (ibidem, p. 136).

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; Tappy, op. cit., p. 138). 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 (ibidem, pp. 136-137). La jurisprudence de la cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

En l'espèce les pièces du bordereau de l'appelante du 16 août 2011 sont recevables. L'ordonnance attaquée figure déjà au dossier et tant l'enveloppe l'ayant contenu et l'attestation Track and Trace que le courrier électronique du 12 août 2011, sont postérieurs à l'audience de mesures provisionnelles du 21 juillet 2011.

Quant aux décomptes d'indemnisation de l'assurance-chômage pour les mois de juin, juillet et août 2011, il y a lieu d'admettre que leur production aurait dû être requise en première instance, de sorte que ces pièces sont également recevables en deuxième instance.

**3. a)** L'appelante fait valoir que la compagne de l'intimé a trouvé une activité professionnelle qui lui permet de réaliser un revenu d'environ 2'000 fr. par mois et soutient que cette nouvelle source de revenu compense la baisse des revenus résultant du chômage de l'intimé.

L'intimé fait valoir notamment que la rémunération de 2'000 fr. touchée par sa compagne ne suffit pas à couvrir le minimum vital de celle-ci et de sa fille et soutient que la baisse de ses revenus justifie la suppression de la contribution en cause.

**b)** Selon la jurisprudence antérieure au CPC, 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 (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (CACI 24 février 2011/6 c. 3; Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC, p. 1612).

Selon la jurisprudence, une période de chômage supérieure à quatre mois ne peut plus être considérée comme étant de courte durée; dans une telle situation, il convient en principe de tenir compte des indemnités de chômage effectivement perçues. Dans tous les cas, la question de savoir si la période de chômage est durable dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, en particulier de la situation économique (TF 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 4.3 et références).

En l'espèce, l'arrêt du 24 février 2011 est fondé sur un revenu de l'intimé de 8'876 fr. net par mois. Au 27 septembre 2011, l'intimé était au chômage depuis plus de quatre mois, de sorte qu'il convient de prendre en considération les indemnités de chômage qu'il percevait. Le premier juge a retenu à tort un montant de 5'650 fr. sur la base de décompte du mois d'avril 2011, celui-ci ne comprenant que seize jours d'indemnisation. Au vu des décomptes suivants, et compte tenu de l'indemnisation mensuelle moyenne de 21,7 jours, l'indemnité mensuelle moyenne, allocations familiales non comprise, perçue par l'intimé s'élève à 7'661 fr. 40 (7'414,25 : 21 x 21.7), soit une baisse de revenu de 1'214 fr. 60 (8'876 - 7'661.40), représentant 13,7 %. Cette baisse de revenu justifie une réduction de la contribution en cause, réduction qui doit tenir compte en outre du fait que l'appelant a la garde des enfants. Au vu de ces éléments, il convient de fixer dite contribution à 1'200 fr. par mois, montant qui n'entame pas le disponible de l'intimé, par 2'316 fr. 40 (7'661,40 - 5'345).

Les revenus de la compagne de l'intimé n'ont pas à être pris en compte, dès lors que celle-ci n'a aucune obligation légale de contribuer directement à l'entretien de l'appelante. Au surplus, ces revenus sont modestes et n'influent dès lors que peu sur les charges de l'intimé, servant en premier lieu à couvrir celles de la compagne de l'intimé et de son enfant.

L'appel doit en conséquence être admis partiellement sur ce point.

**4.** En conclusion, l'appel doit être admis partiellement et l'ordonnance réformée en ce sens que la contribution d'entretien en cause est fixée à 1'200 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> avril 2011.

Les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5), sont laissés à la charge de l'Etat par 300 fr. et mis à la charge de l'intimé, par 300 fr., les dépens étant compensés pour le surplus (art. 106 al. 2 CPC).

**5.** Le conseil d'office de l'appelante a produit une liste de ses opérations dont il ressort qu'il a consacré 4.70 heures à la procédure d'appel. Au vu des opérations mentionnées le temps nécessaire à cette procédure doit être fixée à 3,5 heures. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. b RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 630 fr., montant auquel il convient d'ajouter la TVA, par 50 fr. 40, ainsi que les débours, par 50 fr. (art. 2 al. 3 RAJ), soit une indemnité totale de 730 fr. 40.

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

**I.** L'appel est partiellement admis

**II.** L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres I et II de son dispositif :

I. admet partiellement les conclusions provisionnelles du requérant B.M.\_\_\_\_\_, selon requête déposée le 31 mai 2011;

II. dit que, dès le 1<sup>er</sup> avril 2011, la contribution d'entretien payée à son épouse A.M.\_\_\_\_\_ par le requérant B.M.\_\_\_\_\_ est fixée à 1'200 fr. (mille deux cents francs) par mois;

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont laissés à la charge de l'Etat, par 300 fr. (trois cents francs) et mis à la charge de l'intimé B.M.\_\_\_\_\_, par 300 fr. (trois cents francs).

**IV.** Les dépens de deuxième instance sont compensés pour le surplus.

**V.** L'indemnité d'office de Me Pierre Mathyer, conseil de l'appelante, est arrêtée à 730 fr. 40 (sept cent trente francs et quarante centimes), TVA et débours compris.

**VI.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

**VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 3 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 :

- Me Pierre Mathyer (pour A.M. \_\_\_\_\_),
- Me Jean de Gautard (pour B.M. \_\_\_\_\_).

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 :