

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 8 décembre 2015

Composition : M. PERROT, juge délégué
Greffier : M. Hersch

Art. 286 al. 2 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **K.**_____, à Lamego (Portugal), requérant, contre l'ordonnance rendue le 18 septembre 2015 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **Y.**_____, à Vers-l'Eglise, intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 18 septembre 2015, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 3 août 2015 par K._____ à l'encontre d'Y._____ (I), dit que les frais et dépens de la décision suivront le sort de la cause au fond (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III).

En droit, le premier juge, statuant sur une requête de mesures provisionnelles de K._____ visant à supprimer à compter du 1^{er} décembre 2014 la contribution d'entretien due à son fils Y._____, a considéré que le retour de K._____ au Portugal en novembre 2014 constituait certes un changement de sa situation personnelle à l'époque justifié par la pathologie dépressive dont il était atteint, mais qu'à présent ce dernier était guéri, raison pour laquelle il était possible d'attendre de lui qu'il revienne en Suisse pour y trouver du travail dans le secteur de la construction de routes, ce qui lui permettrait de se procurer un revenu de l'ordre de 4'200 fr. à 4'500 fr. mensuel net, correspondant au dernier salaire réalisé dans notre pays. Ainsi, il convenait d'imputer à K._____ un revenu hypothétique de ce montant et les conditions pour la suppression à titre provisionnel de la contribution d'entretien n'étaient pas remplies. Dès lors, la requête de K._____ devait être rejetée.

B. Par acte du 1^{er} octobre 2015, K._____ a formé appel contre l'ordonnance précitée en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien due par K._____ due à son fils Y._____ soit supprimée à titre provisoire à compter du 1^{er} décembre 2014 et subsidiairement au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a requis l'assistance judiciaire.

Dans sa réponse du 2 novembre 2015, Y._____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance du 18 septembre 2015. Il a également requis l'assistance judiciaire.

Le 8 octobre 2015, l'assistance judiciaire a été accordée à K._____ à compter du 1^{er} octobre 2015 et Me Pierre-Dominique Schupp a été désigné en qualité de conseil d'office. Le 3 novembre 2015, l'assistance judiciaire a été accordée à Y._____ à compter du 2 novembre 2015 et Me Cléo Buchheim a été désignée en qualité de conseil d'office.

Le 9 novembre 2015, K._____ a déposé des déterminations.

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

1. K._____, né le [...] 1979, est arrivé en Suisse dans le courant des années 2000 et y a travaillé pendant une dizaine d'années dans le secteur de la construction de routes.

Le [...] 2010, sa compagne U._____, née le [...] 1981, a donné naissance à Y._____, que K._____ a reconnu le 19 novembre 2010.

K._____ et U._____ se sont séparés à la fin de l'année 2011.

2. Par convention du 20 décembre 2012, ratifiée séance tenante par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour valoir jugement et rectifiée par cette dernière le 28 mars 2014, les parties sont notamment convenues que K._____ contribuerait à l'entretien de son fils Y._____ à raison de 657 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2013 et jusqu'à l'âge de 6 ans, de 745 fr. par mois dès lors et jusqu'à l'âge de huit ans, de 815 fr. par mois dès lors et jusqu'à l'âge de

10 ans et de 885 fr. par mois dès lors et jusqu'à sa majorité, respectivement jusqu'à la fin de sa formation appropriée achevée dans des délais normaux, dite contribution d'entretien étant indexée sur la base de l'indice suisse des prix à la consommation.

3. Le 15 février 2013, K._____ a été congédié par l'entreprise [...] avec effet au 31 mars 2013. Il s'est inscrit à la Caisse de chômage [...] le 25 février 2013. Son gain assuré s'élevait alors à 5'785 fr. et lui donnait droit à 260 indemnités journalières à 213 fr. 25 par jour pendant un délai cadre courant du 1^{er} août 2013 au 31 juillet 2015. Son droit aux indemnités chômage a pris fin le 8 août 2014.

En septembre 2014, K._____ s'est inscrit à la caisse de chômage du canton de Zoug, en vue de percevoir des indemnités pour chômeur en fin de droit. Il s'est vu octroyer le droit à 90 indemnités journalières à 170 fr. 60 par jour durant un délai cadre du 11 août 2014 au 10 août 2014. Son gain assuré s'élevait alors à 4'113 francs.

4. Par requête du 19 août 2014, adressée au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, K._____ a sollicité la réduction de la contribution d'entretien due envers son fils à compter du 1^{er} novembre 2014. Il a exposé son intention de rentrer au Portugal et indiqué que dès qu'il y aurait trouvé du travail, il pourrait verser à ce dernier un montant mensuel de 75 euros.

A sa requête, il a joint un certificat médical de la Dresse N._____ du 23 juillet 2014, lequel atteste que K._____ est suivi par cette dernière depuis le 6 janvier 2011 pour le traitement de troubles dépressifs récurrents nécessitant un traitement médicamenteux. La doctoresse N._____ a expliqué que dans le cas de K._____, tant les difficultés avec son ex-compagne et les litiges autour du droit de visite de son fils que la longue période de chômage et les soucis financiers ont joué un rôle déterminant dans l'apparition et l'aggravation de la maladie, K._____ ayant eu de la peine à accepter la séparation d'avec son fils et n'ayant pas réussi à se reconstruire par la suite. La doctoresse N._____

a émis l'opinion qu'un retour au pays de K._____ lui permettrait de retrouver son équilibre émotionnel et constituerait une étape importante et nécessaire en vue de sa guérison.

5. K._____ est rentré au Portugal le 1^{er} novembre 2014. Le 6 novembre 2014, il s'est inscrit au service de l'emploi de Lamego (Portugal).

Entre novembre 2014 et août 2015, K._____ aurait effectué de nombreuses recherches d'emploi au Portugal, lesquelles se seraient toutes révélées infructueuses. Il n'a pas été établi que K._____ ait effectué une activité rémunérée dans ce pays.

Depuis qu'il est de retour au pays, K._____ vivrait auprès de sa famille et serait soutenu par cette dernière. Il n'aurait pas perçu d'aide sociale. Selon un certificat médical du Dr P._____ du 29 juillet 2015, K._____ présente une pathologie dépressive contrôlée et répondant bien au traitement médicamenteux et il est en mesure d'exercer une activité professionnelle sans restriction.

6. Une audience de conciliation a été tenue le 24 juillet 2015. La conciliation n'ayant pas abouti, K._____ s'est vu remettre une autorisation de procéder le même jour.

Par requête de mesures provisionnelles et demande du 3 août 2015, K._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que la contribution d'entretien due à son fils soit supprimée à compter du 1^{er} décembre 2014.

Dans ses déterminations sur mesures provisionnelles du 14 août 2015 et sa réponse du 22 septembre 2015, Y._____ a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles et de la demande du 3 août 2015.

En droit :

1. En matière patrimoniale, l'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 1 let. b et 308 al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les décisions portant sur des mesures provisionnelles étant rendues en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours à compter de la notification (art. 314 al. 1 CPC).

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 recevable. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise 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 la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

3. a) L'appelant fait grief au premier juge d'avoir violé l'art. 286 al. 2 CC en admettant une modification durable de sa situation financière tout en lui imputant un revenu hypothétique équivalant au dernier salaire perçu en Suisse. Il rappelle que suite à son licenciement, il est resté en Suisse, a perçu des indemnités de chômage et a entrepris toutes les

démarches pour trouver un emploi, en vain. Ce n'est que lorsqu'il est arrivé en fin de droit, et alors qu'il souffrait de dépression, qu'il est rentré au pays. Dès lors, les conditions pour lui imputer un revenu hypothétique ne sont pas remplies. Si par impossible l'on devait retenir un tel revenu hypothétique, il conviendrait de prendre en compte la situation financière de l'appelant juste avant son départ de Suisse, alors qu'il était sur le point de requérir le soutien des services sociaux.

L'intimé, pour sa part, allègue que l'appelant a délibérément quitté la Suisse après y avoir vécu et travaillé pendant près de dix ans. Il n'y aurait pas lieu de tenir compte du fait que, peu avant son départ, l'appelant ne trouvait pas de travail en Suisse, étant donné qu'à ce moment il souffrait de dépression. L'appelant serait désormais en bonne santé et aurait retrouvé sa pleine capacité de travail, raison pour laquelle il serait tout à fait justifié de se baser sur le revenu réalisé en Suisse au moment où il ne souffrait pas de dépression. Dès lors, le raisonnement du premier juge devrait être confirmé.

b) Selon l'art. 286 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 2010), si la situation change notablement, le père, la mère ou l'enfant peuvent demander au juge de modifier ou supprimer la contribution d'entretien. Cette modification ou suppression n'est possible que si les circonstances ayant prévalu à la fixation originale de la contribution ont subi un changement notable et, en principe, durable ; elle doit a fortiori n'être envisagée que dans la perspective du bien de l'enfant; (TF 5A_324/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.1.; ATF 120 II 177 consid. 3a). La modification de la contribution d'entretien due envers l'enfant par voie de mesures provisionnelles ne peut être ordonnée que dans la mesure où elle sert l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, il n'est en principe pas possible de prononcer par voie de mesures provisionnelles la réduction ou la suppression de la contribution d'entretien due à l'enfant (De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, Code annoté, 2013, n. 1.16 ad art. 286 CC).

Pour fixer la contribution d'entretien, il est admissible de s'écarter de la capacité financière du débiteur, qui constitue la condition et le fondement de son obligation, et de retenir à la place de celle-ci un revenu hypothétique, dans la mesure où le débiteur pourrait gagner davantage que son revenu effectif, en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant un effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui (ATF 137 III 118 consid. 2.3 ; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 ; ATF 128 III 4 consid. 4a ; TF 5A_248/2011 du 14 novembre 2011 consid. 4.1, in FamPra.ch 2012 p. 500).

Le débirentier est certes en principe libre de transférer son domicile à l'étranger. La perte de revenu qui en résulte ne peut cependant pas être invoquée au détriment du créancier d'entretien lorsque le débiteur peut continuer de réaliser en Suisse le revenu dont il bénéficiait jusqu'alors et qu'il est possible de l'exiger de lui (TF 5A_98/2007 du 8 juin 2007, consid. 3.3, in FamPra.ch 2007 p. 890). Ainsi, un revenu hypothétique correspondant au gain qu'il lui serait possible de réaliser en Suisse peut être retenu à l'égard du ressortissant étranger qui, après un séjour de dix ans en Suisse, retourne sans motif valable dans son pays où il perçoit des indemnités de chômage sensiblement moins élevées que celles qu'il pourrait percevoir en Suisse. En revanche, un débiteur d'entretien étranger ne peut se voir imputer un revenu hypothétique de niveau suisse s'il avait suffisamment de raisons personnelles et sociales de quitter la Suisse. Tel est le cas lorsque le débirentier s'établit à l'étranger pour des motifs raisonnables et dignes de protection liés à sa situation personnelle et professionnelle (De Luze/Page/Stoudmann, op. cit., n. 2.28 ad art. 125 CC et les références).

c) En l'espèce, le premier juge, après avoir retenu en fait que l'appelant ne percevait aucun revenu au Portugal, a examiné la question de l'imputation d'un revenu hypothétique. Il a retenu que le retour de l'appelant au Portugal était certes indiqué en novembre 2014, au vu de la dépression dont souffrait ce dernier à cette époque. Toutefois, l'appelant avait désormais recouvré la santé et jouissait d'une pleine capacité de travail. Compte tenu d'un taux de chômage de 12,1 % au Portugal et de

3,4 % dans le canton de Zurich, l'appelant était plus à même de retrouver du travail dans notre pays et il pouvait être attendu de lui qu'il revienne en Suisse pour y travailler et s'acquitter de son obligation d'entretien. Partant, il était justifié de retenir un revenu hypothétique compris entre 4'200 fr. et 4'500 fr. nets par mois, correspondant à son salaire net antérieur.

Ce raisonnement peut être confirmé. L'appelant a vécu et travaillé une dizaine d'année dans notre pays et il y a reconnu un enfant. Au moment de sa séparation d'avec la mère de l'intimé, il a vécu une période difficile et a souffert de dépression, pathologie qui l'a grandement handicapé dans sa recherche de travail et qui, au final, a constitué un motif raisonnable justifiant son retour auprès de sa famille au Portugal. Toutefois, actuellement, les troubles dépressifs de l'appelant sont sous contrôle et ce dernier est pleinement en mesure de reprendre une activité professionnelle. On peut dès lors attendre de lui qu'il revienne en Suisse pour y travailler, ce d'autant plus qu'il n'a jamais trouvé d'emploi au Portugal. Il n'appartient pas à l'intimé de supporter les conséquences du choix de l'appelant de rester au Portugal, alors qu'il a désormais recouvré la santé. L'appelant parle allemand, il est au bénéfice de près de dix ans d'expérience dans le secteur de la construction de routes et le taux de chômage s'élève à 2,3 % dans le canton de Zoug (statistiques du Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, octobre 2015), dernier domicile de l'appelant en Suisse, de sorte que les chances de ce dernier de trouver un emploi dans notre pays doivent être qualifiées de bonnes. Cette appréciation est d'autant plus justifiée que dans le cadre de mesures provisionnelles, la réduction de la contribution d'entretien au détriment de l'enfant doit rester exceptionnelle.

Partant, c'est à juste titre que le premier juge a retenu un revenu hypothétique correspondant au dernier salaire de l'appelant. Le grief de ce dernier s'avère mal fondé.

4. a) Dans un deuxième grief, l'appelant reproche au premier juge d'avoir retenu un revenu hypothétique d'un montant compris entre 4'200 fr. et 4'500 fr. nets par mois, en ignorant le fait qu'il avait été au chômage pendant deux ans en Suisse et un an au Portugal. Ainsi, le premier juge aurait constaté les faits de façon inexacte

L'intimé est d'avis que c'est à juste titre que le premier juge s'est basé sur la situation financière de l'appelant au moment où il travaillait et ne souffrait pas de dépression, puisque l'appelant est actuellement en bonne santé et dispose d'une pleine capacité de travail. Pour le surplus, le montant retenu par le premier juge, basé sur les chiffres de l'Office fédéral de la statistique, serait tout à fait conforme à la réalité.

b) Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu et, le cas échéant, quelle activité serait susceptible d'être entreprise sont des questions de droit, tandis que déterminer quel revenu la personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 137 III 118 consid. 2.3 ; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 ; TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.3, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1, in FamPra.ch 2012 p. 228), qui doit être résolue par des constatations correspondantes ou par l'expérience générale (ATF 128 III 4 consid. 4c/bb ; ATF 126 III 10 consid. 2b). Lorsque le juge impute un revenu hypothétique à un débiteur d'aliments, il lui incombe d'établir concrètement, par exemple sur la base de l'enquête suisse sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique, quelles activités, respectivement quels postes sont effectivement possibles et envisageables en relation avec le salaire retenu (De Luze/Page/Stoudmann, op. cit., n. 2.17 ad art. 125 CC).

c) En l'espèce, le premier juge a déterminé au moyen du calculateur « Salarium » de l'Office fédéral de la statistique qu'un homme de 36 ans, au bénéfice d'une autorisation de séjour et travaillant à 100 % dans le milieu de la construction à des tâches simples et répétitives, pouvait prétendre, sans fonction de cadre et sans formation

professionnelle complète, à un salaire mensuel brut de 5'222 fr., soit à environ 4'300 fr. nets.

Cette appréciation, qui - à juste titre -, part de la prémisse que l'appelant est en pleine capacité de travail, ne prête pas le flanc à la critique. Bien plus, elle paraît favorable à l'appelant, qui n'a produit aucun contrat de travail permettant d'établir quel était son salaire au moment de la signature de la convention du 20 décembre 2012, mais dont les décomptes auprès de la Caisse de chômage [...] font apparaître un gain assuré de 5'785 fr. bruts, montant supérieur aux 5'222 fr. bruts retenus par le premier juge. Là aussi, le grief de l'appelant s'avère mal fondé.

5. Il résulte des considérants qui précèdent que l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise 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]), seront laissés à la charge de l'Etat.

En date du 4 décembre 2015, Me Pierre-Dominique Schupp, conseil d'office de l'appelant, a produit une liste d'opérations, laquelle mentionne neuf heures et quarante minutes de travail effectuées par une avocate-stagiaire et des débours par 30 francs. Au vu de de la nature et de la difficulté de la cause, le temps allégué paraît approprié. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 110 fr. pour une avocate-stagiaire (art. 2 al. 1 let. b RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3), l'indemnité s'élève à 1'062 fr. 60, montant auquel s'ajoutent les débours par 30 fr. et la TVA de 8 % sur le tout, ce qui porte l'indemnité d'office de Me Pierre-Dominique Schupp à 1'180 francs.

En date du 7 décembre 2015, Me Cléo Buchheim, conseil d'office de l'intimé, a produit une liste d'opérations mentionnant cinq heures et cinq minutes de travail et des débours par 20 francs. Au vu de la nature et de la difficulté de la cause, le temps allégué paraît approprié. Il

s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité s'élève à 915 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 20 fr. et la TVA de 8 % sur le tout, ce qui porte l'indemnité d'office de Me Cléo Buchheim à 1'009 fr. 80.

L'appelant, qui succombe, versera à l'intimé la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 122 al. 1 let. d CPC et 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6])

Conformément à l'art. 122 al. 2 CPC, le conseil d'office de l'intimé ne percevra l'indemnité d'office que dans la mesure où les dépens ne peuvent être obtenus de l'appelant.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur 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,
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, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'appelant, sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Pierre-Dominique Schupp, conseil de l'appelant K._____, est arrêtée à 1'180 francs (mille cent huitante francs), TVA et débours compris.

V. L'indemnité d'office de Me Cléo Buchheim, conseil de l'intimé Y._____, est arrêtée à 1'009 fr. 80 (mille neuf francs et huitante centimes), TVA et débours compris.

VI. L'appelant K._____ doit verser à l'intimé Y._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VII. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VIII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Pierre-Dominique Schupp (pour K._____),
- Me Cléo Buchheim (pour Y._____).

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 l'Est vaudois.

Le greffier :