

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

---

---

Arrêt du 8 octobre 2013

---

Présidence de        Mme        DESSAUX, juge déléguée  
Greffière        :        Mme        Tille

\*\*\*\*\*

**Art. 134 al. 2, 285, 286 al. 2 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **S.**\_\_\_\_\_, à Noville, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 29 août 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **T.**\_\_\_\_\_, à Pampigny, intimée, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 29 août 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que S. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement de 600 fr. par enfant, en mains de T. \_\_\_\_\_, d'avance le 1<sup>er</sup> de chaque mois, dès et y compris le 1<sup>er</sup> juin 2013 (I), dit que le sort des frais et des dépens suivent le sort de la cause au fond (II), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle restera en vigueur jusqu'à décision prévue à l'art. 265 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) (III), et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a retenu que, quand bien même la nouvelle activité de l'appelant en qualité d'indépendant dans le domaine du courtage immobilier ne lui procurait encore aucun revenu, son train de vie confortable, de même que l'absence de démarches pour percevoir des prestations d'aide sociale, parlaient en faveur de ressources financières plus importantes que celles qu'il alléguait. Le premier juge n'a ainsi tenu compte que dans une certaine mesure de la réduction des revenus du requérant et, considérant que celui-ci disposait d'un montant de 1'200 fr. pour entretenir ses enfants B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, il a fixé le montant de la contribution d'entretien provisionnelle à 600 fr. par enfant dès et y compris le 1<sup>er</sup> juin 2013.

**B.** Par acte du 9 septembre 2013, S. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance, concluant à sa réforme en ce sens que l'obligation de contribution à l'entretien de ses enfants B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ en vertu du point 6 du jugement du 16 juin 2009 rendu par le Tribunal de première instance de Genève est suspendue jusqu'à droit connu dans la procédure de modification de jugement de divorce déposée le 6 mai 2013, l'ordonnance étant déclarée immédiatement exécutoire et restant en vigueur jusqu'à la décision prévue à l'art. 268 al. 2 CPC.

Subsidiairement, l'appelant a conclu à l'annulation de l'ordonnance, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'appelant a par ailleurs sollicité l'octroi de l'effet suspensif, lequel a été refusé par décision du 10 septembre 2013 du Juge délégué de la Cour de céans.

Le 5 septembre 2013, l'appelant a requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure d'appel. Par avis du 10 septembre 2013, le Juge délégué de la Cour de céans l'a dispensé de l'avance de frais, en précisant que la décision définitive sur l'assistance judiciaire était réservée.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer.

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

**1.** Le requérant S.\_\_\_\_\_, né le [...] 1972, et l'intimée T.\_\_\_\_\_, née le [...] 1973, se sont mariés le [...] 1999.

Deux enfants sont issus de cette union :

- B.\_\_\_\_\_, né le [...] 2000, et
- C.\_\_\_\_\_, né le [...] 2002.

Par jugement du 16 juin 2009, le divorce des parties a été prononcé par le Tribunal de première instance du canton de Genève. En son chiffre 6, le dispositif du jugement prévoyait qu'il était donné acte à S.\_\_\_\_\_ de son engagement à verser à T.\_\_\_\_\_, par mois, d'avance et par enfant, à titre de contribution à leur entretien, allocations familiales non comprises, les sommes de 750 fr. de six à neuf ans, de 650 fr. de dix à treize ans et de 950 fr. de quatorze à dix-huit ans, voire au-delà mais jusqu'à vingt-cinq ans au plus, si l'enfant bénéficiaire poursuit une formation professionnelle ou des études sérieuses et régulières.

**2.** Le requérant S. \_\_\_\_\_ est titulaire d'un diplôme universitaire HEC. Au moment du jugement de divorce, il exerçait la profession de gestionnaire d'immeubles auprès de la Fondation [...] pour un revenu mensuel brut de 8'100 fr., versé treize fois l'an.

Le requérant a été licencié le 1<sup>er</sup> juin 2011. Depuis lors, il n'est pas parvenu à trouver un nouvel emploi. Le versement de ses prestations d'assurance-chômage, pour un gain assuré de 9'011 fr. par mois, a pris fin au mois de janvier 2013. Il a débuté une activité indépendante dans le domaine du courtage immobilier, activité pour laquelle il ne perçoit pas encore de revenu. Son affiliation en tant qu'indépendant auprès de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS lui a été refusée. Une procédure d'opposition à cette décision est en cours.

Depuis le 22 septembre 2010, le requérant est le père de [...], née de sa relation avec sa compagne [...] Celle-ci est mère de trois enfants issus d'un premier mariage, dont elle n'a pas la garde et pour l'entretien desquels elle est tenue au versement d'une pension de 800 fr. par mois. Elle bénéficie des prestations de l'assurance-chômage à hauteur d'environ 2'865 fr. par mois. Le requérant loge avec sa famille dans une villa appartenant à son père, pour un loyer de 1'200 fr. par mois. Fortement endetté, notamment pour des arriérés d'impôts et des factures de cartes de crédit, le requérant a indiqué ne pas pouvoir s'acquitter de son loyer.

Le 14 mars 2013, le requérant a reçu le versement de son troisième pilier pour un montant de 18'312 fr. 10, qui a servi à rembourser une partie de ses dettes. Il a notamment versé un montant de 2'800 fr. en date du 19 mars 2013 à [...], maman de jour de sa fille.

**3.** Au moment du jugement de divorce, l'intimée T. \_\_\_\_\_ était assistante de direction auprès de la société [...] SA à [...] et percevait un revenu mensuel brut de 6'500 fr., sans treizième salaire. Elle a ensuite obtenu un brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines. De janvier 2012 à août 2013, elle était responsable des ressources humaines

auprès de la Fondation [...]. Elle a été licenciée avec effet au 31 août 2013, après avoir connu une période d'incapacité de travail totale puis partielle pour cause de maladie depuis le 5 février 2013.

L'intimée, qui a la garde des enfants B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, vit avec son mari [...], lequel exerçait la profession de chef cuisinier auprès de la société [...] S.A. pour un revenu brut de 5'700 fr. par mois jusqu'à son licenciement au 31 juillet 2013.

**4.** Par demande du 6 mai 2013, S.\_\_\_\_\_ a ouvert action en modification du jugement de divorce. Il a conclu à la modification du chiffre 6 du jugement rendu le 16 juin 2009 par le Tribunal de première instance de Genève en ce sens qu'il ne doit plus de pension alimentaire jusqu'à retour à meilleure fortune.

Le même jour, il a formé une requête de mesures provisionnelles, concluant à la suspension de son obligation de contribuer à l'entretien de ses enfants C.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ jusqu'à droit connu dans la procédure de modification de jugement de divorce déposée le 6 mai 2013.

Par procédé écrit du 8 juillet 2013, l'intimée T.\_\_\_\_\_ s'est déterminée, concluant au rejet de la requête.

Une audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 18 juillet 2013.

### **En droit :**

**1. a)** 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).

**b)** En l'espèce, seule est litigieuse la question de la contribution d'entretien due par l'appelant en faveur de ses enfants. Il s'agit dès lors d'une cause patrimoniale. Capitalisée conformément à l'art. 92 al. 2 CPC, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte. Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt, l'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 et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

**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 et les réf. citées).

**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). Toutefois, des novae peuvent être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple dans les causes touchant au sort des enfants et aux

conséquences pécuniaires de celui-ci (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. pp. 136-137; Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées).

En l'espèce, l'appelant n'invoque ni ne produit de faits et moyens de preuves nouveaux.

**3. a)** L'appelant invoque une appréciation erronée des faits. Il soutient que c'est à tort que le premier juge a considéré qu'il disposait de davantage de ressources financières qu'il n'alléguait et qu'il menait un train de vie confortable, effectuant des achats allant au-delà des besoins de première nécessité, voire somptuaires. Il fait valoir également que des éléments de fait importants justifiant la modification de l'obligation d'entretien ont été omis, en particulier la charge que représente l'arrivée d'un nouvel enfant.

**b) aa)** Selon l'art. 286 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), applicable par le renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, le père, la mère ou l'enfant peuvent, si la situation change notablement, 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 (Breitschmid, Basler Kommentar, 4ème éd., 2010, nn. 3 et 4 ad art. 134 CC; ATF 120 II 177 c. 3a); elle peut intervenir sans qu'il soit besoin d'examiner si les faits nouveaux invoqués pour la justifier étaient ou non prévisibles au jour du premier jugement (ATF 131 III 189 c. 2.7.4, JT 2005 I 324; ATF 128 III 305 c. 5b, JT 2003 I 50; Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, n. 67 ad art. 286 CC; Breitschmid, op. cit., n. 11 ad art. 286 CC). La procédure de modification ne doit pas viser à réexaminer ou corriger le jugement de divorce, mais à l'adapter aux circonstances nouvelles survenues chez les parents ou chez l'enfant (TF 5C\_216/2003 du 7 janvier 2004 c. 4.1; TF 5C\_271/2001 du 19 mars 2002, reproduit in FamPra.ch 2002, p. 601; ATF

120 II 177 précité c. 3a; ATF 100 II 76 c. 1; Hegnauer, op. cit., n. 67 ad art. 286 CC).

La survenance d'un fait nouveau - important et durable - n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient particulièrement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération (ATF 137 III 604 c. 4.1.1 ; ATF 134 III 337 c. 2.2.2). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution dans le cas concret (ATF 137 III 604 c. 4.1.1).

Parmi les changements qui peuvent être pris en considération figurent notamment l'invalidité, la maladie de longue durée, la retraite et la perte d'un emploi (Breitschmid, Commentaire bâlois, 3ème éd., no 13 ad art. 286 CC; Meier/ Stettler, Droit de la filiation, 4ème éd., nn. 583 ss.; Wullschleger, FamKommentar Scheidung, 2005, n. 7 ad art. 286 CC; Hegnauer, Commentaire bernois, n. 81 ad art. 286 CC). S'agissant plus précisément de ce dernier point, la jurisprudence estime qu'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 (TF 5A\_217/2009 du 30 octobre 2009 c. 3.2 et les arrêts cités).

La naissance d'autres enfants constitue également une circonstance nouvelle qui, sauf situation financière favorable, entraîne un déséquilibre entre les parents susceptible, selon les circonstances du cas d'espèce, de justifier une modification de la contribution d'entretien (ATF 137 III 604 c. 3.2).

**bb)** Aux termes de l'art. 285 al. 1 CC, applicable par le renvoi de l'art. 133 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère, compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier. Ces différents critères doivent être pris en considération; ils exercent une influence réciproque les uns sur les autres. Ainsi, les besoins de l'enfant doivent être examinés en relation avec les autres éléments évoqués et la contribution d'entretien doit toujours être dans un rapport raisonnable avec le niveau de vie et la capacité contributive du débirentier (ATF 116 II 110 c. 3a, JT 1993 I 162; TF 5A\_159/2009 du 16 octobre 2009 c. 4.1).

D'une manière générale, plusieurs enfants d'un même débiteur d'entretien - qu'ils vivent dans le même ménage ou non - ont en principe le droit d'être traités de la même manière (ATF 137 III 59 c. 4.1 ; ATF 127 III 68 c. 2c; ATF 126 III 353 ; TF 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 6.2.1). Leurs besoins seront donc pris en compte selon des critères identiques, sauf si des circonstances objectives justifient une dérogation (ATF 120 II 289, JT 1996 I 219; ATF 116 II 115, JT 1993 I 167). L'allocation de montants distincts n'est dès lors pas d'emblée exclue, mais commande une justification particulière (ATF 137 III 59 c. 4.2.1; TF 5A.62/2007 du 24 août 2007 c. 6.1, et les réf. citées, publié in FamPra.ch 2008, p. 223, et résumé in revue du droit de la tutelle [RDT] 2007, p. 300).

**cc)** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a, JT 2002 I 294; TF 5A\_290/2010 du 28

octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Le débirentier qui décide de changer d'orientation professionnelle ou projette de créer sa propre entreprise en qualité d'indépendant, alors qu'il sait, ou doit savoir, qu'il doit assumer des obligations d'entretien, peut raisonnablement se voir imputer un revenu hypothétique, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (ATF 137 III 118 c. 3.1 p. 121), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012 c. 4.1.1).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1; TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.3, in FamPra.ch 2012 p. 1099).

Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010; ATF 137 III 118 c. 3.2, JT 2011 II 486; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 publié in FamPra.ch 2012, p. 228; TF 5A\_860/2011 du 11 juin 2012 c. 4.1).

En présence de capacités financières limitées, le minimum vital du débirentier au sens du droit des poursuites doit en principe être garanti (ATF 127 III 68, JT 2001 I 562 c. 2c). Lorsqu'un revenu hypothétique est admis, c'est au regard de ce revenu que l'on doit examiner si le minimum vital du débiteur est sauvegardé (ATF 123 III 1 c. 3, JT 1998 I 39). Les parents doivent ainsi s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail (TF 5A\_513/2012 du 17 octobre 2012 c. 5.)

**dd)** La suppression à titre provisionnel d'une contribution d'entretien dans le cadre d'une procédure de modification de jugement de divorce n'est admise que de façon restrictive, ne devant pas avoir pour effet de vider le procès au fond de son contenu et présuppose une urgence et des circonstances particulières. Des mesures provisionnelles dans un procès en modification ne peuvent ainsi être ordonnées que sur la base de circonstances de fait liquides, qui permettent d'évaluer de manière suffisamment fiable l'issue prévisible du procès au fond (TF 5P\_415/2004 du 5 janvier 2005 c. 3.1; TF 5P\_349/2001 du 6 novembre 2001 c. 4 et TF 5P\_269/2004 du 3 novembre 2004 c. 2, avec références à Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 1980, n. 91 ad art. 153 aCC). Le pronostic se rapporte à la question de savoir si une modification notable et durable des circonstances justifie de réduire ou de supprimer une contribution d'entretien fixée par un jugement entré en force, ce qu'il incombe à la partie qui requiert des mesures provisionnelles de rendre vraisemblable sur la base d'éléments objectifs (TF 5P\_415/2004 du 5 janvier 2005 c. 3.1; ATF 118 II 378 c. 3b; ATF 120 II 393 c. 4c). En outre, le débiteur d'entretien, demandeur au procès en modification, qui requiert la réduction ou la suppression de la contribution d'entretien à titre provisionnel doit rendre vraisemblable que le maintien de la contribution d'entretien pendant la durée du procès en modification risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, lequel doit être mis en balance avec le préjudice que subirait le créancier d'entretien, défendeur au procès en modification, en cas d'octroi des mesures provisionnelles

sollicitées (Bohnet, CPC commenté, n. 14 et 17 ad art. 261 CPC). Comme pour toutes les mesures provisionnelles, le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (cf. ATF 131 III 473 c. 2.3; Juge délégué CACI 6 juillet 2012/316; Juge délégué CACI 7 août 2013/391).

**c)** En l'espèce, il convient d'examiner les deux changements significatifs intervenus chez l'appelant depuis le jugement de divorce, soit la perte de son emploi et la naissance de son troisième enfant.

**aa)** Les modifications apparues dans la situation professionnelle de l'appelant ne présentent pas le caractère notable et durable propre à justifier une modification de la contribution d'entretien, dans la mesure où il y a lieu de faire application de la jurisprudence sur le revenu hypothétique pour apprécier sa capacité contributive. En effet, au bénéfice d'une formation universitaire HEC, l'appelant a plusieurs années d'expérience professionnelle. De son propre aveu, son âge et son état de santé ne représentent pas d'obstacle à l'exercice d'une activité lucrative. Il s'est lancé dans une nouvelle activité professionnelle dont la particularité consiste en une rémunération sous forme de commissions avec pour corollaire que dans les premiers temps de son exercice, les rentrées d'argent sont irrégulières, voire inexistantes. Le choix de cette activité n'est en soi pas critiquable. Elle correspond à la formation et au parcours professionnel de l'appelant. Reste à déterminer le revenu mensuel moyen que l'appelant pourrait obtenir par cette nouvelle activité professionnelle. Si l'on se réfère aux statistiques de l'OFS (Office fédéral de la statistique ; [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)), dans la région lémanique, dans la branche des activités immobilières, le salaire médian mensuel brut s'élève à 9'475 fr. et dans le type d'activités regroupées sous la dénomination « expertises, conseil, vente », il atteint 12'683 fr., étant précisé que ces montants se réfèrent au salaire d'un homme exécutant les travaux les plus exigeants ou un travail indépendant ou très qualifié, ce qui correspond au profil universitaire de l'appelant. Peu importe que l'appelant ne réalise actuellement pas ce revenu, dans la mesure où il s'agit du revenu qui

pourrait être exigé de lui selon la jurisprudence en matière de revenu hypothétique. Au demeurant, compte tenu de la particularité d'une rémunération à la commission, le débirentier se voit dans l'obligation de provisionner les montants nécessaires au service de la contribution pour pallier à l'irrégularité des encaissements propres à une activité de courtier indépendant. Il n'appartient en effet pas au crédirentier de supporter le risque commercial, plus particulièrement de s'exposer à des modifications de la contribution d'entretien fonction de l'encaissement ou non de commissions, respectivement des aléas du marché immobilier.

Cela étant, même en tenant compte du salaire mensuel médian le plus bas, soit 9'745 fr., on ne peut que constater l'inexistence d'une modification notable et durable des revenus de l'appelant. Il est présumé encaisser des commissions à terme de telle sorte qu'il n'y pas place pour un préjudice irréparable, et la situation économique de l'intimée tend quant à elle vers une péjoration.

**bb)** La seule modification notable et durable consiste en la naissance de l'enfant [...], dont on peut théoriquement supposer, sous réserve de l'évolution des situations économiques respectives des ex-époux au stade du jugement de modification de jugement de divorce, qu'elle entraînera une diminution de la contribution d'entretien due à ses demi-frères. Or, on constate que le premier juge en a tenu compte en réduisant la contribution globale de 1'700 fr. (2 x 850 fr) à 1'200 fr., ce qui représente une diminution de 250 fr. par enfant. La situation financière de l'appelant, telle qu'examinée plus haut (supra c. 3.c/bb), ne commande pas une réduction supplémentaire de la contribution d'entretien.

**4.** L'appelant reproche au premier juge une mention incorrecte de l'art. 265 al. 2 CPC au chiffre III du dispositif de l'ordonnance attaquée. L'art. 265 CPC a trait aux mesures superprovisionnelles et ne trouve pas application en l'espèce. C'est en réalité l'art. 268 al. 2 CPC qui aurait dû être mentionné, selon lequel « l'entrée en force de la décision sur le fond entraîne la caducité des mesures provisionnelles ». Il s'agit d'une erreur

de plume manifeste, de sorte que le chiffre III du dispositif doit être rectifié.

**5. a)** En définitive, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance entreprise doit être confirmée, sous réserve de la rectification précitée (cf. c. 4).

**b)** L'appelant requiert d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 CPC). Au regard de la seconde condition et s'agissant de l'octroi de l'assistance judiciaire en deuxième instance, il y a lieu d'examiner si un plaideur raisonnable se serait décidé à utiliser la voie de droit. La décision attaquée constitue le point de départ pour en juger. Il y a lieu de prendre en considération les points contestés, les arguments avec lesquels le requérant veut attaquer la décision et les griefs ou preuves nouvelles qui sont admissibles (TF 4A\_193/2012 du 20 août 2012 c. 2.2; TF 4A\_384/2011 du 4 août 2011 c. 2.2.1, RSPC 2011 p. 469). Un recours est dénué de toute chances de succès lorsque les chances de gagner sont notablement plus faibles que les risques de perdre (TF 5A\_858/2012 du 4 février 2013 c. 3.3.2).

En l'espèce, l'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée se révèle fondée et suffisamment motivée. A l'examen de l'appel, on ne peut que constater l'absence d'éléments concrets permettant de retenir, même partiellement, l'urgence de suspendre totalement, à titre provisionnel, la contribution d'entretien due par l'appelant. Dès lors, l'appel était d'emblée voué à l'échec, ce qui conduit au rejet de la requête d'assistance judiciaire de l'appelant.

**c)** Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 et 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, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

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

Par ces motifs,  
la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le chiffre III du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 août 2013 est rectifié d'office comme suit :
  - III.** déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle restera en vigueur jusqu'à décision prévue à l'art. 268 al. 2 CPC.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

- 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 S.\_\_\_\_\_.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

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 Elie Elkaïm, avocat (pour S. \_\_\_\_\_),
- Me Jeton Kryeziu, avocat (pour T. \_\_\_\_\_)

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.

La greffière :