

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 juillet 2013

Présidence de M. COLELOUGH, juge délégué
Greffière : Mme Gabaz

Art. 163, 176 al. 1 ch. 1 CC et 276 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **J.M.**_____, à Kuta (Indonésie), requérant, contre l'ordonnance rendue le 17 mai 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.M.**_____, à Borex, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 mai 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté la requête du 19 février 2013 formée par J.M. _____ (I), maintenu la contribution d'entretien due par J.M. _____ à 4'000 fr. par mois, à verser d'avance le premier de chaque mois, en mains de B.M. _____, telle que fixée au chiffre III de la convention du 13 décembre 2011, ratifiée le même jour pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles (II), mis les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr., à la charge du requérant (III), renvoyé la décision sur l'indemnité d'office de Me Patricia Michellod, conseil de l'intimée, à une décision ultérieure (IV), dit que le requérant doit verser à l'intimée la somme de 600 fr. à titre de dépens de la procédure provisionnelle (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

En droit, le premier juge a considéré que la diminution importante de revenu alléguée par J.M. _____ justifiait d'entrer en matière sur la requête en modification de la pension provisoire. Sur le fond, le premier juge a retenu qu'il convenait d'imputer un revenu hypothétique à J.M. _____ qui, vu son âge et son état de santé, était tout à fait en mesure de réaliser un revenu plus élevé que celui de 289 fr. par mois allégué, cela d'autant plus que sa situation professionnelle et financière étaient peu claires.

B. Par acte du 30 mai 2013, J.M. _____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée concluant à ce qui suit:

"(...) AU FOND:

PREALABLEMENT:

- Octroyer l'effet suspensif au présent Appel;
- Débouter tout autre opposant de toutes autres ou contraires conclusions;
- Condamner Madame B.M. _____, en tous les frais et dépens de la présente cause, lesquels comprendront l'indemnisation complète du conseil soussigné.

PRINCIPALEMENT:

Annuler et mettre à néant tous les points du dispositif de l'Ordonnance de mesures provisionnelles rendue par le Président d'arrondissement de la Côte le

17 mai 2013 dans la cause TD11.036502, reçue le 21 mai 2013 par l'Appelant en son domicile élu

CELA FAIT ET STATUANT A NOUVEAU:

- Dire et constater que Monsieur J.M. _____ ne doit aucune contribution à l'entretien de Madame B.M. _____, dès le 1^{er} février 2013;
 - Dire que Monsieur J.M. _____ contribuera à l'entretien de sa fille C. _____, née le [...] 1994, par le régulier versement d'une pension mensuelle de CHF 100.00 dès le 1^{er} février 2013 et jusqu'à sa majorité ou son indépendance financière;
 - Confirmer l'Ordonnance de mesures provisionnelles du 13 décembre 2011 pour le surplus;
- Débouter Madame B.M. _____ de toutes autres ou contraires conclusions;
Condamner Madame B.M. _____ en tous les frais et dépens dans la présente cause, lesquels comprendront l'indemnisation complète du conseil soussigné."

Il a produit un onglet de pièces sous bordereau et requis le bénéfice de l'assistance judiciaire qui lui a été accordée par décision du Juge délégué de la Cour de céans du 6 juin 2013, avec effet au 30 mai 2013.

Par réponse du 27 juin 2013, B.M. _____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel.

Pour l'appelant, son conseil, et l'intimée personnellement, assistée de son conseil, ont été entendus lors de l'audience d'appel du 4 juillet 2013.

Le 5 juillet 2013, le conseil de l'appelant a produit une liste de ses opérations dans le cadre de la procédure d'appel.

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

1. J.M. _____, né le [...] 1966, et B.M. _____, née P. _____ le [...] 1965, tous deux de nationalité française, se sont mariés le [...] 1999 devant l'Officier de l'Etat civil de La Colle sur Loup (Alpes-Maritimes, France).

Une enfant est issu de cette union

- C. _____, née le [...] 1994, aujourd'hui majeure.

2. Les parties vivent séparées depuis le 21 juin 2009. Leur séparation a successivement été réglée par une convention signée à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 juillet 2010, puis par une convention de mesures provisionnelles du 13 décembre 2011, ratifiée par le président du tribunal pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, J.M._____ ayant dans l'intervalle déposé une demande en divorce le 26 septembre 2011.

Cette dernière convention a notamment la teneur suivante:

" (...) III. Tant que B.M._____ conserve la jouissance du domicile conjugal, mais au plus tard jusqu'au 29 février 2012, les parties conviennent de maintenir le régime actuel tel que réglé par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugal (sic) du 8 juillet 2010.

Dès que B.M._____ aura quitté le domicile conjugal actuel, mais au plus tard dès le 1^{er} mars 2012, J.M._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'un montant de fr. 4'000.- (quatre mille francs) par mois, à verser d'avance et le 1^{er} de chaque mois, en mains de B.M._____.

J.M._____ prendra en outre à sa charge les frais d'écolage privé de Manon, y compris voyages d'étude et matériel scolaire. (...)"

3. Par requête de mesures provisionnelles du 19 février 2013, J.M._____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes:

"DIRE ET PRONONCER:

- Dire et constater que Monsieur J.M._____ ne doit aucune contribution à l'entretien de Madame B.M._____ née P._____, dès le 1^{er} février 2013

- Dire que Monsieur J.M._____ contribuera à l'entretien de sa fille C._____, née le [...] 1994, par le régulier versement d'une pension mensuelle de CHF 100.00 (cent francs suisse), dès le 1^{er} février 2013 et jusqu'à sa majorité ou son indépendance financière

- Confirmer l'Ordonnance de mesures provisionnelles du 13 décembre 2011 pour le surplus

- Débouter Madame B.M._____, née P._____, de toutes autres ou contraires conclusions

- Condamner Madame B.M._____, née P._____, en tous les frais et dépens de la présente cause, lesquels comprendront l'indemnisation complète du conseil soussigné. "

Pour J.M._____, son conseil, et B.M._____, personnellement, assistée de son conseil, ont été entendus à l'audience de mesures provisionnelles qui s'est tenue le 4 avril 2013.

4. La situation des parties est la suivante:

a) Avant l'installation de la famille M._____ en Suisse en 2005, J.M._____ exerçait une activité dans l'informatique en France. Le train de vie de la famille M._____ était confortable. C'est l'acquisition par J.M._____ d'une société, Asiatronics, qui a conduit la famille M._____ à s'installer en Suisse. Là, encore, son train de vie est resté aisé.

Après la séparation des parties, J.M._____ a quitté la Suisse pour s'installer à Hong-Kong où il exerçait l'activité d'agent commercial indépendant pour la société Guand Run. A ce titre, il réalisait un revenu mensuel net de l'ordre de 9'000 francs. En raison notamment de problèmes liés à son titre de séjour, J.M._____ a dû quitter Hong-Kong. Il séjourne actuellement en Indonésie où il dit avoir retrouvé une activité lucrative en qualité de marketing advisor pour la société Bali Expat service PT. Son revenu mensuel serait de l'ordre d'IDR 3'000'000.-, soit d'environ 289 francs.

En Indonésie, il est logé gratuitement par sa nouvelle compagne.

b) B.M._____ est au bénéfice d'un CAP français de vendeuse; durant le mariage, elle s'est principalement consacrée à l'éducation de sa fille.

Actuellement, B.M._____ travaille en qualité de collaboratrice auxiliaire polyvalente au sein de la société Prêt-à-manger Balexert pour un salaire horaire brut de 22 fr. 45. Elle travaille du lundi au samedi de 12h à 16h et effectue parfois quelques heures en plus lorsque son employeur le demande. Elle réalise un revenu mensuel net de l'ordre de 2'300 francs. Pour l'instant, elle n'a pas été en mesure de trouver un travail mieux rémunéré.

Compte tenu de sa situation précaire, B.M._____ et sa fille sont actuellement hébergées par leur conseil. Des démarches pour obtenir les différentes aides auxquelles elles ont droit sont actuellement en cours.

c) S'agissant du versement des contributions d'entretien, B.M._____ a confirmé que celles-ci avaient été versées par J.M._____ jusqu'à la fin 2012. Elle ne perçoit en revanche plus aucune pension depuis le début de l'année 2013. J.M._____ ne s'est en outre pas acquitté des frais de scolarité de sa fille C._____ pour l'entier de l'année scolaire 2012-2013. De nouvelles poursuites s'agissant d'arriérés d'impôt suisse du couple ont par ailleurs été engagées contre B.M._____.

En ce qui concerne les problèmes fiscaux que J.M._____ rencontrerait en Europe, B.M._____ a expliqué qu'une perquisition des autorités fiscales françaises avait été effectuée peu avant leur départ de France. A son avis, les dettes fiscales françaises ont été payées grâce au produit de la vente d'un bien immobilier que le couple possédait à Chamonix.

A ce sujet, le conseil de J.M._____ a précisé que son client n'avait des problèmes fiscaux et pénaux qu'en France et pas en Suisse.

Finalement, la situation professionnelle de J.M._____ n'est pas clairement établie. B.M._____ allègue en effet que son mari disposerait de revenus plus conséquent que ceux déclarés, provenant d'autres sociétés dans lesquelles il jouerait un rôle, ce que J.M._____ conteste, par l'intermédiaire de son conseil.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]), 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).

En l'espèce, 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., 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.).

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 les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les réf.). La Cour de céans considère que des novas peuvent être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit

matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.).

En l'espèce, la question de la recevabilité de la pièce nouvelle produite par l'appelant, soit la copie d'une fiche informative concernant la législation du travail en Indonésie, peut rester indécise, compte tenu de ce qui va suivre.

3. C'est à juste titre que le premier juge est entré en matière sur la requête de l'appelant considérant que des faits nouveaux justifiant le réexamen de la pension provisionnelle étaient survenus. Personne ne le conteste d'ailleurs, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner ce point plus avant.

4. L'appelant conteste le revenu hypothétique qui lui a été imputé. Il considère le raisonnement du premier juge erroné sur deux points: tout d'abord, sa faculté de retrouver un emploi dans le domaine informatique, qui n'est en réalité par son champs d'activité, et deuxièmement, sur la possibilité qu'il aurait de trouver un emploi mieux rémunéré s'il revenait en Europe, ce qui lui est impossible en raison des problèmes fiscaux qu'il doit encore régler avec la France. L'appelant fait encore valoir que le premier juge aurait dû faire une application anticipée de l'art. 125 CPC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) s'agissant de la contribution d'entretien due à son épouse.

a) Pour fixer la contribution d'entretien due au conjoint à titre de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, auquel l'art. 276 CPC renvoie par analogie (Tappy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 276 CPC), le juge 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). Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, 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 le divorce (art. 125 CC; ATF 137 III 385 c. 3.1.). Le principe du *clean break* ne joue par conséquent aucun rôle dans le cadre des mesures provisionnelles. De même, à lui seul, le fait que l'épouse dispose d'un disponible après couverture de son minimum vital n'est pas décisif non plus (TF 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3). Si la situation financière des époux le permet encore, le standard de vie antérieur, choisi d'un commun accord, doit être maintenu pour les deux parties. Quand il n'est pas possible de conserver ce niveau de vie, les époux ont droit à un train de vie semblable (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités; TF 5A_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010 p. 894; ATF 119 II 314 c. 4b/aa). Le juge peut ainsi être amené à adapter la convention conclue pour la vie commune, à la lumière de ces faits nouveaux (TF 5A_236/2011 du 18 octobre 2011 c. 4.2.3; sur le tout TF 5A_301/2011 du 1^{er} décembre 2011 c. 5.1.; TF 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3).

Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille 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 lui (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 c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement publié aux ATF 129 III 577; TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3).

b) En l'occurrence, le raisonnement du premier juge ne prête pas le flanc à la critique et peut être confirmé par adoption de motifs s'agissant tant du revenu hypothétique imputé à l'appelant que du montant même de la pension. Les éléments allégués par l'appelant ne sont en effet pas de nature à modifier l'appréciation qui peut être faite du cas d'espèce, ni d'ailleurs à éclaircir les zones d'ombre dans la situation professionnelle et financière de l'appelant, relevées par le premier juge, J.M._____ n'ayant à nouveau pas pu valablement être entendu sur ces points.

Au regard de la jurisprudence énoncée ci-dessus, il n'est pas critiquable d'exiger d'un homme de 46 ans, en bonne santé et qui gagnait à tout le moins 9'000 fr. par mois il y a encore peu de temps, qu'il mette tout en œuvre pour acquérir à nouveau un tel revenu, quitte à devoir, pour assurer l'entretien de sa famille, envisager de revenir en Europe, notamment en Suisse, avec ou sans sa nouvelle compagne. S'agissant de ce retour en Europe particulièrement, les objections formulées par l'appelant à ce propos ne résistent pas à un examen plus poussé. En effet, l'instruction de la présente cause a permis d'établir que si l'appelant paraît certes avoir quelques démêlés fiscaux et pénaux en France, tel n'est pas le cas en Suisse, ni ailleurs en Europe d'ailleurs. Dans ces circonstances, il n'existe dès lors aucune raison valable qui empêcherait l'appelant d'entreprendre des démarches pour retrouver une capacité de gain équivalente à tout le moins à la dernière connue, soit 9'000 fr. par mois, comme retenu à juste titre par le premier juge.

Pour le surplus, il n'y a pas lieu de revoir à la baisse l'entretien dû à l'intimée et sa fille. S'il semble en effet qu'il n'existe plus d'espoir de

réconciliation entre les parties, il n'en demeure pas moins que, pendant la séparation, un train de vie semblable à celui précédemment vécu doit être permis à chaque époux si les revenus le permettent, ce qui est le cas en l'occurrence, sur la base du revenu hypothétique imputé à l'appelant. En outre, l'intimée, en reprenant une activité lucrative à la séparation, a entrepris les démarches que l'on pouvait attendre d'elle, au regard de la jurisprudence, pour participer aux frais qu'engendre une vie séparée.

Mal fondés, les griefs de l'appelant doivent ainsi être rejetés.

5. En conclusion, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. pour l'appelant qui succombe (art. 71 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat, dès lors qu'il bénéficie de l'assistance judiciaire.

Me Marc Lironi a produit une liste détaillée de ses opérations annonçant 9h30 de travail. Ce décompte doit être réduit s'agissant de la vacation au tribunal qui est rémunérée forfaitairement à 120 fr. (JT 2013 III 3). L'indemnité d'office doit ainsi être arrêtée à 1'648 fr. 80, correspondant à 8h de travail à un tarif horaire de 180 fr., plus 120 fr. d'indemnité de déplacement et 124 fr. 80 de TVA.

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 à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'intimé, qui succombe, versera à l'appelante des dépens de deuxième instance arrêtés à 1'000 francs (art. 106 al. 1 CPC; 3 al. 1 et 2, 7 TDC [tarif des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

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 rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaire 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 Marc Lironi, conseil de l'appelant, est fixée à 1'684 fr. 80 (mille six cent huitante-quatre francs et huitante centimes), TVA et débours compris.
- V.** 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 mise à la charge de l'Etat.
- VI.** L'appelant, J.M._____, doit verser à l'intimée B.M._____, née P._____, un montant de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 9 juillet 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

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 Marc Lironi (pour J.M. _____),
- Me Patricia Michellod (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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :