

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 26 février 2013

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffier : M. Perret

Art. 308 al. 1 let. b et al. 2, 310, 312 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.P.**_____, à Lausanne, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 janvier 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.P.**_____, à Lausanne, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 janvier 2013, dont les motifs ont été notifiés aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a modifié dès le mois de décembre 2012 et jusqu'à droit connu sur la procédure au fond le chiffre III de la convention du 22 décembre 2010, présent au chiffre II du jugement de divorce du 22 juillet 2011, en ce sens que le requérant A.P._____ contribuera à l'entretien de son enfant C.P._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle d'un montant de 300 fr. (I), maintenu pour le surplus le jugement de divorce du 22 juillet 2011 (II), dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle suivent le sort de la cause au fond (III), arrêté l'indemnité d'office de l'avocate Micaela Vaerini Jensen, conseil d'office du requérant, à 1'534 fr. 50 (IV), dit que le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat (V) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (VI).

En droit, le premier juge a en substance retenu que le fait que le requérant A.P._____ émargeait depuis le 1^{er} septembre 2012 au revenu d'insertion, son minimum vital, arrêté à 1'200 fr. selon les lignes directrices en matière de poursuite, étant dès lors tout juste couvert, de sorte qu'il ne parvenait plus à s'acquitter du montant de la contribution mise à sa charge pour l'entretien de son fils C.P._____, constituait une modification notable de sa situation financière justifiant d'examiner l'éventualité d'une modification de la contribution d'entretien précitée. Le premier juge a toutefois considéré que le requérant n'avait pas apporté la preuve d'avoir investi toute sa volonté dans la recherche d'un emploi depuis le 1^{er} septembre 2012 et que, si celui-ci fournissait tous les efforts que l'on était en droit d'attendre de lui, il pourrait, à tout le moins, trouver assez rapidement un emploi dans un secteur n'exigeant pas de compétence spécifique. Partant, le premier juge a ramené *ex aequo et bono* le montant de la pension due par le requérant à un montant de 300

fr., correspondant à la moitié de l'entretien de l'enfant, et ce dès le mois de décembre 2012 et jusqu'à droit connu sur la procédure au fond.

B. Par acte du 31 janvier 2013, A.P._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que, "*dès le mois de décembre 2012 et jusqu'à droit connu sur la procédure au fond, le chiffre III de la convention du 22 décembre 2010, présent au chiffre II du jugement de divorce du 22 juillet 2011, est modifié en ce sens que le versement de la pension en faveur de C.P._____, est suspendu*"; subsidiairement, l'appelant a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour nouvelle instruction et nouvelle décision. L'appelant a produit un bordereau de pièces.

Par ailleurs, l'appelant a requis l'octroi de l'assistance judiciaire. Par lettre du 15 février 2013, le juge délégué de la cour de céans a informé l'appelant qu'il était dispensé de l'avance de frais en l'état, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'intimée B.P._____ n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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

1. A.P._____, né le [...] 1968, et B.P._____, née [...] le [...] 1975, tous deux de nationalité sénégalaise, se sont mariés le [...] 2002 à Winterthur.

Un enfant est issu de cette union, C.P._____, né le [...] 2003.

2. Par jugement du 27 juillet 2011, devenu définitif et exécutoire dès le 15 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment prononcé le divorce des époux et ratifié pour valoir jugement la convention du 22 décembre 2010 et son avenant du 3 mars 2011, tels que modifiés à l'audience du 1^{er} avril 2011, et ainsi libellés :

"I. L'autorité parentale et la garde sur l'enfant C.P._____, né le [...] 2003, sont attribuées à la mère B.P._____.

[...]

III. M. A.P._____ contribuera à l'entretien de son enfant C.P._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle d'un montant de :

- Fr. 650.- (six cent cinquante francs), jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 12 ans révolus;
- Fr. 700.- (sept cents francs), dès cette date et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 15 ans révolus;
- Fr. 750.- (sept cent cinquante francs), dès cette date et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint sa majorité, sous réserve de l'application de l'article 277 al. 2 CC.

Les allocations familiales sont versées en sus.

Les montants mentionnés ci-dessus sont payables d'avance le premier de chaque mois en mains de Mme B.P._____.

[...]".

3. A.P._____ ne s'acquittant pas ou uniquement partiellement des contributions d'entretien en faveur de son fils, B.P._____ a fait appel au Service de prévoyance et d'aide sociales, Bureau de recouvrement et d'avances de pensions alimentaires. Par acte du 24 novembre 2010, elle a cédé ses droits à l'Etat de Vaud sur les pensions alimentaires futures, aux fins de permettre au Service précité de suivre à leur recouvrement. Elle a également cédé ses droits sur les pensions échues dans les six mois antérieurs à son intervention.

Le montant à recouvrer pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 2012 est de 2'600 fr., selon commandement de payer du 5 novembre 2012. Au cours de cette période, six mensualités de 650 fr. ont

été prélevées directement sur les indemnités de chômage perçues par A.P._____.

4. **a)** Par requête de mesures provisionnelles et de mesures superprovisionnelles du 10 décembre 2012 adressée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président), A.P._____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

"A titre de mesures superprovisionnelles :

- I. Le versement de la pension en faveur de C.P._____, fixée au point III de la convention sur les effets accessoires du divorce du 22 décembre 2010, est suspendu dès décembre 2012 et jusqu'à droit connu sur le fond.

A titre de mesures provisionnelles :

- I. Le versement de la pension en faveur de C.P._____, fixée au point III de la convention sur les effets accessoires du divorce du 22 décembre 2010, est suspendu dès décembre 2012 et jusqu'à droit connu sur le fond."

L'intimée B.P._____ n'a pas procédé.

Le 12 décembre 2012, le président a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles.

b) Par demande en modification de jugement de divorce du 18 décembre 2012 adressée au président, A.P._____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

- "I. Le chiffre III de la convention sur les effets accessoires du divorce du 22 décembre 2010 est modifié dans les sens que la pension due à C.P._____ est réduite dès et y compris le mois d'août 2012 selon précisions données en cours d'instance."

B.P._____ n'a pas procédé.

c) Les parties se sont toutes deux présentées, assistées de leurs conseils respectifs, à l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles tenue par le président le 14 janvier 2013. Le requérant a produit un lot de pièces. La conciliation, tentée, a échoué tant concernant la demande au fond que s'agissant des mesures provisionnelles.

d) Le bénéfice de l'assistance judiciaire a été accordé à chacune des parties pour la procédure de première instance.

5. a) Au moment du jugement de divorce, A.P._____ était au bénéfice des prestations de l'assurance-chômage. Bénéficiant d'un gain assuré de 5'571 fr., il percevait ainsi un montant mensuel net de 4'100 francs. Depuis le 1^{er} septembre 2012, il se trouve au bénéfice du revenu d'insertion, des prestations d'un montant de 2'382 fr. par mois lui étant allouées, loyer par 1'140 fr. inclus.

A l'audience du 14 janvier 2013, A.P._____ a déclaré qu'avant sa période de chômage, il travaillait en qualité d'auxiliaire d'imprimerie en art graphique, percevant alors un revenu mensuel net de l'ordre de 5'000 francs. Interrogé sur ses recherches d'emplois, il a annoncé avoir recherché activement du travail par le biais du chômage, sans rencontrer le succès espéré. Le premier juge a retenu que l'intéressé n'avait pu convaincre le tribunal concernant ses recherches d'emploi depuis qu'il émargeait au revenu d'insertion, ayant tout au plus articulé se donner un délai maximal pour en trouver un, faute de quoi il retournerait au Sénégal.

b) B.P._____ travaille au [...] en qualité de secrétaire de direction médicale. Elle a déclaré à l'audience du 14 janvier 2013 que son fils C.P._____ se trouvait alors au Sénégal, dans sa famille, qu'il y était scolarisé depuis le mois de septembre 2012 mais que son retour en Suisse était prévu pour les vacances de février, moment où elle déciderait de la suite à donner à ses études. Elle a indiqué que les coûts d'entretien et d'écolage de C.P._____ nécessitaient qu'elle envoie mensuellement une somme de 600 francs.

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. 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). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les réf. citées). Toutefois, des novas peuvent être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (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 effet, dans les causes touchant au sort des enfants et aux conséquences pécuniaires de celui-ci, le droit fédéral impose la maxime d'office et la maxime inquisitoire. Avant l'entrée en vigueur du CPC, ces exigences étaient fixées à l'art. 145 al. 1 aCC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), qui avait codifié la jurisprudence antérieure (cf. Message, in FF 1996 I, pp. 1 ss, spéc. p. 148; ATF 122 III 404 c. 3d, JT 1998 I 46; ATF 120 II 229 c. 1c; ATF 119 II 201 c. 1; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 455 CPC-VD [Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010]), ainsi qu'à l'art. 455 CPC-VD; ces mêmes exigences sont désormais ancrées à l'art. 296 al. 1 et 3 CPC. Le juge doit ainsi statuer d'office sur les questions touchant au sort des enfants et aux conséquences pécuniaires de celui-ci, sans être limité par les moyens et conclusions des parties, et ordonner toutes preuves utiles à l'établissement d'un état de fait suffisant (ATF 122 III 404 précité; ATF 120 II 229 précité; Werro, Concubinage, mariage et démariage, Berne 2000, n. 736 p. 160 et n. 875 p. 189; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, nn. 10 et 11 ad art. 145 CC; Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 3 CPC-VD; Jeandin, op. cit., nn. 2 ss et 14 ss ad art. 296 CPC).

La cause étant en l'espèce soumise à la maxime inquisitoire illimitée vu qu'elle porte sur l'entretien d'un enfant mineur, les pièces produites par l'appelant sont recevables, sans qu'il importe de savoir si elles auraient ou non pu être produites en première instance.

c) Dans le cadre de mesures provisionnelles, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 120 II 352 c. 2b), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 *in limine*; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 3.2; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011

c. 4.2 *in fine*; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3).

3. **a)** Seule est litigieuse la contribution due par l'appelant pour l'entretien de l'enfant des parties. *Ex aequo et bono*, le premier juge a réduit la pension à 300 francs par mois, montant dont l'appelant fait valoir qu'il entame son minimum vital, par 1'200 fr., dès lors que, après paiement du loyer par 1'400 fr., il ne lui reste que 1'242 fr. à disposition sur le montant de 2'382 fr. dont il bénéficie au titre du revenu d'insertion.

Il est exact de dire qu'une pension mensuelle de 300 fr. entame arithmétiquement parlant le minimum vital de l'appelant. Mais l'appelant perd de vue que le premier juge a considéré qu'il pouvait réaliser un revenu qui lui permettrait de payer cette pension, très modeste. Le premier juge a ainsi fait application de la théorie du revenu hypothétique.

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. Une telle imputation 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 dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales. En droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier. Celui-ci peut ainsi notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale. Il faut par conséquent aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée

et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1, JT 2011 II 486; TF 5A_21/2012 du 3 mai 2012 c. 3.3; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.3). Les parents doivent dès lors 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, in FamPra.ch 2013 p. 236). A cet égard, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension ou l'octroi d'un revenu d'insertion constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (TF 5A_248/2011 du 14 novembre 2011 c. 4.1, in FamPra.ch 2012 p. 500; TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.2; TF 5A_724/2009 du 26 avril 2010 c. 5.3, in FamPra.ch 2010 p. 673).

Il n'y a rien à redire à l'application de la théorie du revenu hypothétique en l'espèce. Il y a lieu de relever ainsi que l'appelant est dans la force de l'âge et qu'il ne conteste pas être en bonne santé. Lorsqu'il travaillait, il percevait un revenu de 5'500 fr. par mois; il n'établit pas avoir cherché du travail après sa période de chômage. Cela étant, on peut raisonnablement exiger de l'appelant qu'il exerce une activité lucrative - que ce soit dans le même domaine que précédemment ou dans un secteur faisant appel à des compétences analogues, voire dans une catégorie de postes n'exigeant pas de formation professionnelle achevée et se situant dans la tranche des bas salaires - afin de remplir ses obligations, et ses possibilités de retrouver un emploi apparaissent réelles. A cet égard, en arrêtant le montant de la pension litigieuse à 300 fr., le premier juge a très largement tenu compte du fait que l'appelant ne pourrait peut-être pas retrouver un travail aussi rémunérateur qu'auparavant d'une part, et d'autre part, du fait que l'enfant des parties vivait en l'état au Sénégal, pays dans lequel le coût de la vie est notoirement plus bas qu'en Suisse.

Le raisonnement du premier juge échappe par conséquent à la critique.

b) L'appelant fait encore grief au premier juge de n'avoir pas actualisé les éléments relatifs à la situation de la mère de l'enfant. Il ne prétend cependant pas que la situation financière de l'intimée a notablement changé. Le premier juge n'avait dès lors pas à l'instruire, s'agissant d'une action en modification de divorce où seuls les changements notables comptent (art. 129 al. 1 CC).

Partant, le moyen doit être rejeté.

c) L'appelant fait enfin valoir que sa nouvelle épouse au Sénégal donnera naissance à un enfant au mois de mai 2013. Il réclame que cet élément soit pris en compte dans le calcul de la pension à verser à l'enfant C.P. _____.

En l'état, il y a lieu de relever que l'enfant à naître n'est pas encore né, et que la question pourra être réexaminée en temps voulu. Prématuré, le moyen de l'appelant doit dès lors être rejeté.

4. En définitive, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance entreprise doit être confirmée.

La requête d'assistance judiciaire déposée par l'appelant est rejetée, la cause étant d'emblée dénuée de chances de succès (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- 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 A.P. _____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 27 février 2013

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 Micaela Vaerini Jensen (pour A.P. _____),
- Me Matthieu Genillod (pour B.P. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure 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 Lausanne.

Le greffier :