

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 juin 2014

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffier : Mme Choukroun

Art. 179 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.M.**_____, à Renens, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 7 mai 2014 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.M.**_____, [...], à Jouxens-Mézery, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 7 mai 2014, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 28 janvier 2014 par A.M._____ (I), rejeté la requête d'avis aux débiteurs formée reconventionnellement par B.M._____, née [...] à l'audience du 28 mars 2014 (II), dit que les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr., et les dépens suivront le sort de la cause au fond (III) et déclaré la présente ordonnance immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le premier juge a retenu que le taux d'activité réduit d'B.M._____ ne constituait pas un élément nouveau justifiant la modification du régime provisionnel existant, l'intimée ayant toujours travaillé à temps partiel, que ce soit pour des raisons médicales, ou en raison de la répartition des tâches dans le ménage qu'elle formait avec A.M._____, ce que ce dernier n'a jamais remis en cause. Il a également considéré que les conditions de l'imputation d'un revenu hypothétique n'étaient pas réalisées en l'espèce, l'intimée ayant apporté la preuve - au stade de la vraisemblance - qu'elle ne pouvait assumer un taux d'activité supérieur. Le premier juge a également retenu que le simple fait que l'enfant [...] soit devenue majeure ne constituait pas un fait nouveau justifiant la modification du régime provisionnel, la jeune fille n'ayant pas acquis de formation appropriée et demeurant encore financièrement à la charge de ses parents.

B. Par acte du 19 mai 2014, A.M._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, à ce que la contribution d'entretien due par A.M._____ pour les siens (à l'exception de celle pour [...], née le [...] 1996) est diminuée à 1'640 fr., allocations familiales éventuelles non comprises, donner acte à A.M._____ de sa bonne disposition de contribuer aux frais de sa fille aînée majeure, [...], née le [...] 1996, conformément aux règles légales,

sitôt que les conditions de cet entretien auront été établies. A.M._____ a en outre requis l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Par courrier du 3 juin 2014, le Juge délégué de la Cour de céans a dispensé A.M._____ de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant 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. A.M._____, né le ...][...] 1957, et B.M._____, née ...][...] le ...][...] 1963, se sont mariés le ...][...] 1995 à Lausanne.

Deux enfants sont issus de cette union : [...], née le ...][...] 1996, et [...], née le ...][...] 1997.

Les époux vivent séparés depuis le 29 mars 2011.

2. Dans le cadre d'une précédente action en divorce introduite par A.M._____, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne avait rendu le 1^{er} juin 2011 une ordonnance de mesures provisionnelles laquelle attribuait notamment la jouissance du domicile conjugal à B.M._____, à charge pour elle d'en assumer les charges et les intérêts hypothécaires, confiait la garde sur [...] et [...] à leur mère, un libre et large droit de visite réglementé de façon usuelle à défaut d'entente étant prévu en faveur du père, et astreignait ce dernier à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'500 fr. dès et y compris son départ du domicile conjugal *pro rata temporis*.

Par prononcé notifié aux parties le 4 avril 2012, il a été pris acte du désistement de A.M._____, celui-ci ayant passé expédient sur la

conclusion libératoire de B.M._____. La cause en divorce a ainsi été rayée du rôle.

3. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 1^{er} juin 2012, confirmée par arrêt du 20 août 2012 du Juge délégué de la Cour d'appel civile (Juge délégué, CACI 20 août 2012/374), puis par arrêt du Tribunal fédéral du 23 janvier 2013 (TF 5A_737/2012 du 23 janvier 2013), la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne a autorisé les parties à vivre séparées pour une durée indéterminée (I), confié la garde sur [...] et [...] à leur mère (II), un libre et large droit de visite réglementé de façon usuelle à défaut d'entente étant prévu en faveur d'A.M._____ (III), attribué la jouissance du domicile conjugal à B.M._____, à charge pour elle d'en assumer les charges et les intérêts hypothécaires (IV) et dit qu'A.M._____ devait contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'500 fr. dès et y compris le 1^{er} avril 2012 (V).

4. Par demande unilatérale du 3 avril 2013, A.M._____ a ouvert une action en divorce.

A l'audience de mesures provisionnelles du 26 avril 2013, les parties ont passé une convention, ratifiée par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, dont le contenu est le suivant :

« I. Le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 1^{er} juin 2012 est modifié au chiffre V en ce sens qu'A.M._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, dès et y compris le 15 mars 2013 d'une pension mensuelle de Fr. 3'280.- (trois mille deux cent huitante francs), allocations familiales non comprises, étant précisé qu'en l'état elles sont perçues par B.M._____. Il ne sera dû aucune contribution d'entretien pour la période du 1^{er} février au 14 mars 2013. Il est entendu que la pension de mars 2013 s'élève donc à Fr. 1'640.- (mille six cent quarante francs).

II. Le prononcé susmentionné est maintenu pour le surplus. ».

A l'époque de cette audience, le requérant, qui avait été victime d'un accident de ski plusieurs années auparavant, menait un procès contre son assureur LAA, ses prestations d'assurance-accident ayant été supprimées. Pour le surplus, atteint dans sa santé, il percevait alors un montant mensuel de 7'470 fr. au titre d'indemnités de perte de gain maladie.

B.M. _____ travaillait pour sa part en qualité d'aide soignante à l'EMS « [...] » à Renens et réalisait à ce titre un salaire mensuel qui était alors estimé à 3'415 francs.

5. Le 27 janvier 2014, A.M._____ a déposé une nouvelle requête de mesures provisionnelles dont les conclusions sont les suivantes :

« I. Dire que, la convention de mesures provisionnelles passée entre les parties à l'audience de Madame la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne du 26 avril 2013 est modifiée en son chiffre I, en ce sens qu'avec effet au 16 janvier 2014, la contribution d'entretien due par A.M._____ pour les siens (à l'exclusion de celle pour [...], née le [...] 1996) est diminuée à Fr. 1'640.--, allocations familiales éventuelles non comprises.

II. Donner acte à A.M._____ de sa bonne disposition à contribuer aux frais d'entretien de sa fille aînée majeure, [...], née le [...] 1996, conformément aux règles légales, sitôt que les conditions de cet entretien auront été établies. »

L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 28 mars 2014 en présence des parties et de leur conseil respectif.

Lors de cette audience, B.M._____ a produit des déterminations dans lesquelles elle a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la requête. Elle a pour le surplus conclu reconventionnellement à ce qu'un avis aux débiteurs soit prononcé à l'encontre d'A.M._____.

A.M._____ a pour sa part conclu au rejet de cette conclusion.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2010; RS 272) (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, 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 (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 et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire; 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 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 références citées).

3. L'appelant reproche au premier juge de s'être fondé sur un état de fait manifestement erroné pour conclure qu'aucun élément nouveau ne justifierait de modifier le montant de la contribution d'entretien mis à sa charge tel que fixé par l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 1^{er} juin 2012.

a) Dans un premier moyen, l'appelant relève que, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, l'intimée n'a fait aucune démarche auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour obtenir une rente. Il soutient qu'au vu de son incapacité médicale persistante à travailler davantage, l'intimée serait en situation de revendiquer une demi-rente d'invalidité, fondée sur une perte de 50% de son revenu. Considérant qu'elle n'a fait aucune démarche dans ce sens, l'appelant estime qu'il convient de lui attribuer un revenu hypothétique mensuel de

l'ordre de 1'000 fr., augmenté de deux rentes complémentaires pour enfants de l'ordre de 900 fr., soit au total un revenu mensuel de 1'900 francs.

aa) Les mesures protectrices de l'union conjugale continuent à régir la relation entre les époux pendant la procédure de divorce (Tappy, Code de procédure civile commenté, n. 42 ad. art. 276 CPC). Les mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure en divorce suivent les règles applicables aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 276 CPC; art. 172 ss CC).

Aux termes de l'article 179 alinéa 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux. Une modification des mesures provisionnelles n'est envisageable qu'en présence de faits nouveaux entraînant un changement important, durable et pertinent des circonstances qui sont à la base du régime existant (Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale, JT 1994 III 34ss; Bräm, ZKomm., n. 7 et 10 ad art.179 CC). Il ne s'agit donc pas de corriger ou de reconsidérer le régime existant, mais de l'adapter à des circonstances nouvelles, en tant que les changements se rapportent à des faits pertinents ("relevant") pour la détermination de la contribution d'entretien (Bräm, op. cit., n. 11 ad art. 179 CC).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; ATF 137 III 604)

Une partie peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur au revenu qu'elle obtient effectivement à deux conditions : une augmentation correspondante de revenu doit être effectivement possible et cette augmentation peut être raisonnablement exigée d'elle (TF 5A_20/2013 du 25 octobre 2013 c. 3.1 ; ATF 128 III 4 c. 4c/bb ; ATF 126 III 10 c. 2b)

ab) En l'espèce, on peut donner acte à l'appelant que l'état de fait est erroné lorsqu'il retient que l'intimée a entrepris des démarches auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour obtenir une rente. En effet, cela ne ressort pas des déclarations faites à l'audience par le conseil de cette dernière. Ce point n'est toutefois pas décisif, dès lors que, comme l'a relevé le premier juge, l'intimée a toujours travaillé à 60% que ce soit pour des raisons médicales ou en raison de la répartition des tâches lorsqu'elle formait un couple avec l'appelant. Au moment de la séparation, en 2011, l'appelant s'est contenté de ce travail à 60% et n'a jamais demandé à son épouse qu'elle augmente son taux de travail jusqu'à la présente requête de 2014, alors même qu'en 2013, la pension a été arrêtée conventionnellement sur la base d'un taux d'activité de 60% de l'épouse. On ne se trouve donc pas en présence d'un fait nouveaux justifiant la modification du montant de la contribution mise à la charge de l'appelant.

Par surabondance, il convient de relever que même constatée médicalement, une incapacité de travail ne donne pas encore droit à une rente de l'assurance-invalidité. Pour que l'on puisse tenir compte d'une telle rente sous l'angle d'un revenu hypothétique, il faut que le droit à l'indemnité soit établi ou, à tout le moins hautement vraisemblable (TF 5A_757/2013 du 14 juillet 2014 c. 3.2 ; TF 5A_51/2007 du 24 octobre 2007 c. 4.3.2). Une incapacité de travail durable, telle qu'attestée par le médecin traitant, peut être prise en compte indépendamment d'éventuels droits envers l'assurance invalidité et le fait que l'intimée n'a pas adressé de demande de rente ne saurait être à lui seul déterminant et permettre de retenir un revenu hypothétique (CACI 23 décembre 2013/637 c. 3b et les réf.). Ce moyen, mal fondé, doit être rejeté.

b) Dans un second moyen, l'appelant soutient que l'accession à la majorité de sa fille aînée, [...], constituait une circonstance nouvelle permettant de revoir la situation. Il appartiendrait, selon lui, à Sabrina de faire valoir ses prétentions alimentaires, la pension due au reste de la famille devant être diminuée en proportion. Il ajoute encore qu'aucun

élément du dossier de ne permettrait de considérer qu'elle serait encore en formation.

ba) Dans un arrêt du 23 août 2013 (ATF 139 III 401 c. 3.2.2), le Tribunal fédéral a confirmé que lorsque le parent agit dans le cadre d'un procès en divorce, la capacité de faire valoir les droits de l'enfant, qui lui est expressément conférée par la loi, vaut non seulement pour la période couvrant la minorité de l'enfant, mais aussi pour celle allant au-delà de l'accès à la majorité (art. 133 al. 1, 2^e phrase, CC). L'extension de cette capacité aux contributions d'entretien pour la période postérieure à la majorité de l'enfant a été introduite dans la loi lors de l'abaissement de l'âge de la majorité de vingt à dix-huit ans (cf. ancien art. 156 al. 2 CC et art. 14 CC, dans leur teneur selon la loi fédérale du 7 octobre 1994 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996; RO 1995 1126). Le législateur entendait ainsi éviter que l'abaissement de l'âge de la majorité ne compromît la formation des jeunes gens, en contraignant l'enfant devenu adulte à ouvrir en son propre nom une action indépendante contre son parent (BO 1993 CE 662, BO 1994 CN 1144; ATF 129 III 55 c. 3.1.4; TF 5A_18/2011 du 1^{er} juin 2011 c. 5.1.1). Avant l'introduction de cette disposition dans la loi, la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis, pour des motifs d'opportunité et d'économie de procédure, que le juge du divorce pût fixer, sur demande du représentant légal, la contribution d'entretien pour la période postérieure à la majorité de l'enfant dans certaines circonstances exceptionnelles bien précises, notamment lorsque l'enfant se trouvait proche de sa majorité au moment du jugement de divorce et qu'il poursuivait déjà une formation professionnelle dont la durée pouvait être déterminée (ATF 112 II 199 c. 2). La modification législative précitée, reprise en substance par l'art. 133 al. 1, 2^e phrase, CC (TF 5A_104/2009 du 19 mars 2009 c. 2.2, in FamPra.ch 2009 p. 798 et JdT 2009 I 439), va plus loin en admettant de manière générale l'attribution d'une telle contribution au-delà de la majorité (Lüchinger/Geiser, in Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vol. I, 1996, n° 20 ad ancien art. 156 CC, qui appuient leurs conclusions sur les débats parlementaires; Breitschmid, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, vol. I, 4^e éd. 2010, n° 14 ad art. 133 CC; Piotet in Commentaire romand, Code civil, vol. I, BGE

139 III 401 S. 404/2010, n° 6 ad art. 277 CC): elle est ainsi envisageable lorsque l'enfant concerné est jeune, et ne dispose dès lors d'aucun plan de formation défini au moment du jugement (Lüchinger/Geiser, op. cit., n° 20 ad ancien art. 156 CC; cf. également Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^e éd. 2009, p. 637 n. 1109, qui soulignent qu'en pratique, de façon systématique, les jugements et conventions d'entretien prévoient une clause relative à l'entretien post-majorité). Le fardeau psychologique que représente une action en justice contre un parent est ainsi évité à l'enfant - l'enfant mineur pouvant compter sur l'appui du parent détenteur de l'autorité parentale - et le parent débiteur est par conséquent renvoyé à agir, si besoin est, par la voie de l'action en modification de l'art. 286 al. 2 CC, une fois l'enfant devenu majeur (TF 5A_18/2011 du 1^{er} juin 2011 c. 5.1.2 et les références). En effet, bien qu'en théorie l'art. 277 al. 2 CC subordonne à certains critères la fixation de la contribution d'entretien pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité, ceux-ci ne peuvent toutefois donner lieu à un examen précis, les circonstances personnelles, telles que le refus de l'enfant d'entretenir des relations avec son parent, voire même la possibilité effective de réaliser des études, ne pouvant que difficilement faire l'objet d'un pronostic et devant bien plus être examinées au moment de l'accès à la majorité, cas échéant dans le cadre d'une action en modification (cf. TF 5A_18/2011 précité c. 5.1.2 et les références).

bb) En l'espèce, et contrairement à ce qu'affirme l'appelant, il ressort des pièces fournies par l'intimée en première instance que [...], âgée de 18 ans depuis le 15 janvier 2014, suit les cours de la troisième année de gymnase (P. 122 et 123 du bordereau produit le 27 août 2013). Elle n'a dès lors pas acquis de formation appropriée et demeure encore financièrement à la charge de ses parents. Conformément à la jurisprudence fédérale rappelée ci-dessus, qui s'applique également aux mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure en divorce, il convient de maintenir la contribution d'entretien en sa faveur nonobstant le fait qu'elle soit majeure.

Au vu de ce qui précède, le premier juge était fondé à conclure que l'appelant n'allègue aucune circonstance nouvelle justifiant de modifier le montant de la contribution mis à sa charge pour l'entretien des siens.

4. En définitive, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

Par lettre du 2 juin 2014, l'appelant a été dispensé de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée. L'appel étant dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire contenue dans la procédure d'appel doit être rejetée.

L'appelant, qui succombe, supportera les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel et n'a donc pas encouru de frais pour la procédure de deuxième instance (cf. art. 95 al. 3 CPC).

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.** 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.M._____.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 11 juin 2014

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 Olivier Carré, (pour A.M._____),
- Me Christine Raptis, (pour B.M._____, née [...]).

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 :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :