

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 novembre 2013

Présidence de Mme PASCHE, juge déléguée
Greffière : Mme Robyr

* * * * *

Art. 285 al. 1 CC ; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **F.**_____, à Bex, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 14 août 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **A.M.**_____, à Sion, intimée, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 14 août 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 15 mai 2013 par F._____ (I) et dit que les frais judiciaires et les dépens suivent le sort de la cause au fond (II).

En droit, le premier juge a relevé que les éléments au dossier ne permettaient pas de retenir que F._____ avait entrepris tout ce qui pouvait être raisonnablement exigé de lui pour se procurer l'argent nécessaire à l'entretien de ses trois enfants. Il a ainsi considéré que, même s'il bénéficiait des prestations du revenu d'insertion, il pouvait se voir imputer un revenu hypothétique.

B. Par acte du 29 août 2013, F._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il est libéré de toute obligation d'entretien à l'égard des siens avec effet dès le 1^{er} mai 2013, les frais de justice ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens étant mis à la charge de A.M._____. L'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

A l'appui de son appel, l'appelant a produit un bordereau de pièces, soit notamment ses fiches de salaire pour la période d'octobre 2009 à juillet 2011, selon lesquelles il a exercé différentes activités par le biais d'entreprises de travail temporaire. Il a également produit trois fiches concernant ses "recherches personnelles effectuées en vue de trouver en emploi" établies à l'attention de la caisse de chômage pour les mois de juin à août 2013. Selon ces documents, l'appelant a offert ses services pour des postes de cuisinier, aide-cuisinier ou second de cuisine en juillet et août 2013.

Invitée à se déterminer sur l'appel, l'intimée a conclu, le 4 octobre 2013, au rejet de celui-ci, avec suite de frais et dépens. Elle a en outre requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par prononcés des 20 septembre et 22 octobre 2013, la juge déléguée de céans a accordé à chacune des parties le bénéfice de l'assistance judiciaire, sous forme d'exonération d'avances et de frais judiciaires et d'assistance d'un avocat d'office, les bénéficiaires de l'assistance judiciaire étant par ailleurs astreints à payer une franchise mensuelle de 50 francs.

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

1. F._____, né le 30 avril 1970, et A.M._____, née le 29 mai 1977, ressortissants portugais, se sont mariés le 4 janvier 1999 à Loulé (Portugal). Trois enfants sont issus de cette union, B.M._____, C.M._____ et D.M._____, nés respectivement les 14 novembre 2004, 31 mars 2006 et 3 juillet 2008. La famille s'est installée en Suisse en février 2009 et les époux ont mis un terme à leur vie commune le 23 juillet 2010.

Par convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 octobre 2010, F._____ s'est engagé à contribuer à l'entretien de ses trois enfants par le versement d'une pension mensuelle de 500 fr. par enfant, allocations familiales en sus. Les époux ont renoncé à toute contribution d'entretien pour eux-mêmes.

2. Le 15 mai 2013, F._____ a déposé une demande unilatérale en divorce devant le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois. Il a notamment conclu à ce qu'il soit libéré de toutes obligations financières à l'égard de ses enfants.

Par requête de mesures provisionnelles du même jour, F._____ a requis du Président du tribunal qu'il soit libéré de toute obligation d'entretien à l'égard des siens à compter du 1^{er} mai 2013.

3. F._____ est titulaire d'un certificat hollandais de cuisinier, domaine d'activité dans lequel il a déclaré à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 octobre 2010 avoir travaillé durant une semaine en juin 2009. A l'audience de mesures provisionnelles du 16 juillet 2013, il a toutefois expliqué n'avoir plus exercé ce métier depuis son arrivée en Suisse, faisant valoir que ses horaires étaient incompatibles avec ceux de son épouse du temps de la vie commune.

F._____ a perçu des indemnités de l'assurance-chômage calculées sur la base d'un gain assuré de 4'545 fr. du 17 août 2011 jusqu'en mars 2013. Depuis le 1^{er} avril 2013, il bénéficie du revenu d'insertion. Selon une attestation de l'Office régional de placement d'Aigle du 9 juillet 2013, F._____ recherche une activité principalement dans les domaines du bâtiment et de la logistique. Selon les listes des recherches personnelles effectuées en vue de trouver un emploi pour les mois d'août 2012 à juin 2013, l'intéressé a notamment postulé comme aide-foreur, magasinier/aide-magasinier, cariste, manœuvre, chauffeur, gestionnaire de stocks, employé de service, et assistant logistique/logisticien.

En droit :

1. a) L'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) ouvre la voie de l'appel contre les ordonnances de mesures provisionnelles rendues dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les prononcés de mesures provisionnelles étant régis par la procédure sommaire (art. 248 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile

statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

b) En l'espèce, interjeté 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 formellement recevable.

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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). 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; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. pp. 134 à 136).

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, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). 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 références citées). Ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire (ATF 138 III 625 c. 2.2), le cas où le premier juge a violé cette maxime en omettant de faire porter l'instruction sur un point pertinent demeurant réservé, mais pas aux litiges relevant de la maxime d'office, par exemple

ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

c) En l'espèce, la contribution objet du litige sert à l'entretien d'enfants mineurs. La maxime inquisitoire illimitée s'applique et les pièces produites par l'appelant sont ainsi recevables.

3. L'appelant considère que le revenu hypothétique de 4'500 fr. qui lui est imputé n'est étayé par aucune pièce au dossier. Il fait valoir qu'il n'a pu acquérir d'expérience dans la restauration en Suisse et qu'il n'a reçu aucune réponse positive aux 147 offres d'emploi faites entre septembre 2012 et juin 2013 dans des domaines variés touchant à plus de onze activités professionnelles différentes, telles que manœuvre, aide-foreur, cariste, chauffeur-livreur, etc. L'appelant relève qu'il a tout mis en œuvre pour trouver un emploi avant l'échéance de son droit au chômage et qu'il a effectué 27 offres d'emploi au mois de juin 2013, de sorte qu'on ne saurait lui reprocher un fainéantisme ou un laxisme face à ses obligations parentales. Au vu de ces éléments, il soutient qu'on ne peut lui imputer un revenu hypothétique.

a) Lors de la fixation de la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte des revenus effectifs du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement. Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a pp. 5-6; TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1; TF 5A_18/2011 du 1^{er} juin 2011 c. 3.1.1; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes: tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette 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 (arrêts précités TF 5A_99/2011 c. 7.4.1; TF 5A_18/2011 c. 3.1.1; TF 5A_290/2010 c. 3.1). 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 que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner 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 137 III 102 c. 4.2.2.2 p. 108; ATF 128 III 4 c. 4c/bb pp. 7s).

Comme l'a relevé à juste titre le premier juge, en présence de conditions financières modestes et s'agissant du calcul de la contribution envers un enfant mineur, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier. Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut 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).

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, in La Pratique de la famille [FamPra.ch] 2013 p. 236). De manière générale, on peut retenir que plus la situation financière est précaire, plus il apparaît justifié d'imputer un revenu hypothétique lors du calcul des contributions dues (Burgat, Le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011; Juge délégué CACI 15 août 2012/382).

Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si

L'on peut lui imputer un revenu hypothétique. Il en va de même lorsque le débirentier bénéficie du revenu d'insertion. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, 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, le débirentier peut 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 (ATF 137 III 118 c. 3.1, JT 2011 II 486; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.3). C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension ou l'octroi d'un revenu d'insertion depuis plusieurs années 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, publié in FamPra.ch 2010 673).

b) En l'espèce, l'appelant a fait de nombreuses offres de services dans plusieurs domaines d'activité, en vain. Se pose dès lors la question de savoir si on peut admettre qu'il a fait tout ce qui était raisonnablement exigible de sa part pour trouver un emploi, comme il le soutient.

Il n'est pas contesté que l'appelant, âgé de 43 ans et en bonne santé, est au bénéfice d'une formation de cuisinier. Cette formation lui a du reste permis de trouver un emploi en Suisse dans la restauration en juin 2009. A cela s'ajoute que l'appelant a travaillé pendant des années, mettant ainsi à profit sa capacité de gain, dont il dispose manifestement, son aptitude au placement n'ayant en particulier pas été remise en cause par l'autorité administrative. Compte tenu de son âge, de son bon état de santé, de sa formation et de son expérience professionnelle, et au vu des pièces produites, qui tendent à démontrer qu'il dispose bien d'une capacité de gain, on peut raisonnablement exiger de l'appelant qu'il exerce une activité lucrative.

S'agissant plus particulièrement du type d'activité professionnelle que l'appelant peut raisonnablement devoir accomplir, le premier juge a estimé que l'intéressé pourrait œuvrer dans le domaine de la restauration, considérant qu'une telle possibilité est effective, compte tenu de la formation de l'appelant et du fait qu'il a travaillé en Suisse dans ce domaine. Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique: compte tenu de sa formation et de son expérience, l'appelant doit pouvoir travailler dans le domaine de la restauration, activité qui peut effectivement être accomplie. Lors de l'audience du 16 juillet 2013, l'intéressé a fait valoir qu'il n'avait plus travaillé dans la restauration depuis son arrivée en Suisse car ses horaires étaient incompatibles avec ceux de son épouse du temps de la vie commune. Le couple s'est toutefois séparé en juillet 2010 et il résulte des fiches de recherches personnelles que l'appelant n'a jamais postulé dans le domaine de la restauration jusqu'en juillet de cette année, alors qu'il bénéficie d'une formation dans ce domaine.

Quant au revenu qui pourrait être obtenu dans ce domaine, il résulte de l'Enquête sur la structure des salaires (ci-après: ESS) réalisée par l'Office fédéral de la statistique que le salaire mensuel brut moyen réalisable pour un homme dans le canton de Vaud dans le domaine de la restauration était en 2010 de 4'326 fr., tous niveaux de qualification confondus. Selon la Convention collective dans la branche de l'hôtellerie et de la restauration (ci-après : CCT), le salaire mensuel brut minimal est de 4'440 fr., part au treizième salaire comprise. Sur ces bases, le premier juge a considéré que l'appelant serait en mesure de réaliser au minimum un salaire mensuel brut compris entre 4'300 fr. et 4'450 fr., et qu'au vu de son expérience et de son âge, ce montant pourrait être augmenté à 4'500 fr. net, part au treizième salaire comprise, s'il trouvait l'emploi de cuisinier qui peut être raisonnablement exigé de lui. Ce salaire n'est pas critiquable, dès lors qu'il se fonde sur l'ESS et la CCT. Il correspond en outre au gain assuré de 4'545 fr. retenu par l'autorité de chômage pour déterminer le droit aux prestations de cette assurance.

Dans la mesure où l'entretien de trois enfants mineurs est en jeu, la solution stricte adoptée par le juge apparaît justifiée. L'appelant n'a au demeurant pas démontré en deuxième instance avoir trouvé, fût-ce de manière provisoire, un travail peu rémunéré. A cet égard, il y lieu de relever que le montant de la contribution en cause, par 1'500 fr., correspond à ce que la jurisprudence impose à un débiteur de contribution de payer pour trois enfants lorsqu'il réalise un revenu net de 4'500 fr. (application de la proportion de 30 à 35%, Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77 ss, spéc. p. 107 s.; RSJ 1984 p. 392 n° 4 et note p. 393; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4ème éd., Zurich 2009, n. 978, pp. 567-568; TF 5A_84/2007 du 18 septembre 2007 c. 5.1). Dans ces conditions, compte tenu de son âge et de sa formation, le premier juge pouvait valablement imputer à l'appelant un revenu hypothétique de 4'500 fr. par mois, lui permettant de participer à l'entretien de ses trois enfants par le versement d'une contribution mensuelle de 1'500 francs.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC), dès lors que l'appelant qui succombe bénéficie de l'assistance judiciaire.

En sa qualité de conseil d'office de l'appelant, Me Laure Chappaz a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Celle-ci a produit, en date du 4 novembre 2013, une liste des opérations indiquant 10.6 heures de travail consacré à la procédure de deuxième instance. Une indemnité correspondant à 7 heures de travail d'avocat, au tarif horaire de 180 fr. hors TVA (art. 2 al. 1 let. a et b RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]), apparaît toutefois suffisante et adéquate au regard des opérations effectuées. L'indemnité d'office due à

Me Chappaz doit ainsi être arrêtée à 1'260 fr. pour ses honoraires, plus 100 fr. 80 de TVA au taux de 8% et un montant de 96 fr. 80, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 1'457 fr. 60.

Me Virginie Rodigari, conseil d'office de l'intimée, a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Celle-ci a produit, le 31 octobre 2013, une liste des opérations indiquant 2 heures et 18 minutes de travail consacré à la procédure de deuxième instance. L'indemnité d'office due à Me Rodigari doit ainsi être arrêtée à 414 fr. pour ses honoraires, plus 33 fr. 10 de TVA et 46 fr. 10, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 493 fr. 20.

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

L'appelant ayant succombé à son appel, des dépens de deuxième instance, arrêtés à 500 fr., sont mis à sa charge en faveur de l'intimée (art. 122 al. 1 let. d CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée 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 judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

- IV.** L'indemnité d'office de Me Laure Chappaz, conseil d'office de l'appelant, est arrêtée à 1'457 fr. 60 (mille quatre cent cinquante-sept francs et soixante centimes), celle de Me Virginie Rodigari, conseil de l'intimée, à 493 fr. 20 (quatre cent nonante-trois francs et vingt centimes).
- V.** Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** L'appelant Rui Manuel De Carvalho Barbosa Silva doit verser à l'intimée Gloria Pirez Varela Barbosa Silva la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 8 novembre 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 Laure Chappaz (pour F. _____),
- Me Virginie Rodigari (pour A.M. _____).

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 :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :