

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 15 juillet 2011

Présidence de M. COLOMBINI, juge délégué
Greffier : Mme Sottas

Art. 163 al. 1, 176 al. 1 ch. 1 CC; 317 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.E.**_____, à Renens, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 18 mai 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.E.**_____, à Clarens, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 18 mai 2011, notifiée le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les conclusions de la requête de mesures provisionnelles déposée le 11 novembre 2010 par A.E. _____ (I); dit que la contribution due par A.E. _____ pour l'entretien des siens est maintenue à 600 fr. par mois, allocations familiales en sus, payable le premier de chaque mois, en mains de B.E. _____ (II); dit que les frais et dépens de la présente décision suivent le sort de la cause au fond (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a retenu que le requérant avait délibérément choisi de résilier son contrat de travail avec effet immédiat, alors qu'il disposait d'autres moyens pour faire valoir ses droits sans quitter son emploi. Il a considéré que le requérant avait une capacité de gain à tout le moins de 3'700 fr. brut par mois, soit environ 3'300 fr. net par mois, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de s'écarter du montant de la contribution d'entretien de 600 fr. fixée par convention du 12 mai 2006.

B. A.E. _____ a interjeté appel contre cette ordonnance le 30 mai 2011, concluant, avec dépens, à ce que la contribution due pour l'entretien des siens est réduite à 350 fr. par mois, allocations familiales en sus, payable le premier de chaque mois en mains de B.E. _____. Il a également requis que l'effet suspensif soit accordé au recours, ainsi que le bénéfice de l'assistance judiciaire. L'appelant a produit un bordereau de pièces comprenant notamment son bail à loyer, sa police d'assurance-maladie ainsi qu'une confirmation pour un cours et des réponses à des offres d'emploi.

Par décision du 6 juin 2011, le juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif. Le 10 juin 2011, il a dispensé l'appelant du

versement de l'avance de frais, la décision d'assistance judiciaire définitive étant réservée.

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

Le requérant A.E._____, né le [...] 1979, et l'intimée B.E._____, née le [...] 1977, se sont mariés le 19 juin 2001 à Montreux. Deux enfants sont issus de cette union: [...], né le [...] 2001, et [...], né le [...] 2005.

Il ressort de l'ordonnance du 18 mai 2011 que les parties ont signé, lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 mai 2006, une convention ratifiée séance tenante par la présidente du tribunal pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, prévoyant que le requérant contribuerait à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 600 fr., allocations familiales en sus.

Le 6 octobre 2009, le requérant a déposé action en divorce par demande unilatérale devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Il a notamment conclu au service d'une pension mensuelle, allocations familiales en sus, dont le montant et les modalités de paiement seraient fixés à dire de justice.

Par requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles d'extrême urgence du 10 novembre 2010, le requérant a notamment conclu à ce qu'il ne soit plus tenu de verser la pension de 600 fr. dès le 1^{er} octobre 2010, subsidiairement à ce qu'elle soit réduite. Par prononcé du même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures d'extrême urgence.

Le 30 novembre 2009, B.E._____ a notamment rejeté la conclusion de la demande du 6 octobre 2009 relative à la contribution

d'entretien. Elle a conclu reconventionnellement à ce que le requérant lui verse une contribution de 450 fr. à l'entretien de chacun de ses deux enfants, allocations familiales en sus. Le requérant s'est déterminé le 1^{er} décembre 2010, concluant notamment au rejet des conclusions reconventionnelles.

Par mémoire du 24 janvier 2011, l'intimée a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles. Elle a notamment allégué que le requérant avait délibérément choisi de résilier son contrat de travail avec effet immédiat et qu'il disposait des moyens nécessaires au paiement de la contribution d'entretien.

Une audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 25 janvier 2011, à l'issue de laquelle seule la question de la contribution d'entretien est restée litigieuse.

La situation matérielle des parties est la suivante:

a) A.E. _____ travaillait en qualité de chauffeur-livreur pour le compte de [...] SA à Crissier, qui lui procurait un revenu mensuel brut de 3'700 francs. Par courrier du 7 mai 2010, le requérant a résilié son contrat avec effet immédiat, en raison du refus réitéré de son employeur de lui augmenter son salaire. Il perçoit actuellement des indemnités de l'assurance-chômage d'un montant moyen de 2'709 fr. 30 par mois. Ses charges s'élèvent au total à 2'312 fr. par mois, soit un montant de base de 1'350 fr., un loyer de 730 fr. selon ses propres déclarations devant le premier juge sans qu'il ne produise de pièce à ce sujet, et des primes d'assurance-maladie de 231 fr. 35 selon la police d'assurance du 2 avril 2011.

b) B.E. _____ n'exerce actuellement aucune activité lucrative. Elle perçoit le revenu d'insertion (RI) par 2'235 fr., ainsi que des allocations familiales à hauteur de 400 fr. par mois. Elle vit avec ses deux enfants dans un appartement dont le loyer mensuel s'élève à 1'165 fr., charges

comprises. Les primes d'assurance-maladie de l'intimée et de ses deux fils sont entièrement subsidiées.

En droit :

1. La décision attaquée a été rendue le 18 mai 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

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., le présent appel est recevable.

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).

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; Tappy, op. cit., JT 2010 III 138). 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, op. cit. n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et

L'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2è éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., no 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438; sur le tout: JT 2011 III 43). Celle-ci ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et de renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve disponibles, ce qui atténue considérablement la distinction entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure ou illimitée (Dietschy, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 2011 p. 87). Ce devoir de collaboration s'impose d'autant plus lorsque c'est le débiteur qui entend obtenir une réduction de la contribution d'entretien qu'il doit verser, quand bien même ce dernier peut également - et non seulement l'enfant - se prévaloir de la maxime inquisitoire illimitée (ATF 128 III 411 c. 3.2.1).

En l'espèce, est seule litigieuse en deuxième instance la question de la contribution d'entretien due par l'appelant. Dans ce cadre, ne sont admissibles que les pièces faisant état de faits survenus après l'audience du 25 janvier 2011 et celles figurant déjà au dossier de première instance. S'agissant du loyer versé par l'appelant, le premier juge s'est fondé sur les déclarations de celui-ci lors de cette audience pour retenir un montant de 730 francs. Il appartenait à l'appelant, en vertu de son devoir de collaboration, de produire le bail en première instance s'il entendait se prévaloir d'un montant plus élevé que celui qu'il avait lui-même invoqué. Par conséquent, le premier juge, qui a fait porter l'instruction sur ce point, n'a pas violé ses devoirs résultant de la maxime

inquisitoire illimitée. Le contrat de bail produit en deuxième instance est irrecevable.

2. Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907, RS 210), le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Il le fait en application de l'art. 163 al. 1 CC. Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Tant que dure le mariage, chacun des conjoints a le droit de participer de la même manière au train de vie antérieur. En cas de situation financière favorable, il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien du train de vie antérieur, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (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). C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 ; TF 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour fixer les contributions d'entretien. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (TF 5A_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4 ; ATF 114 II 26 ; implicite in ATF 127 III 289, relatif à la charge fiscale), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b/bb). Selon la jurisprudence, dans le domaine du droit de la famille, le minimum vital du débiteur de l'entretien ne doit pas être entamé (ATF 135 III 66; ATF 133 III 57 c. 3 et références, JT 2007 I 351).

La jurisprudence a en outre précisé que lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, le but de rendre les époux financièrement indépendants gagne en importance et il convient de se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce, même dans le cadre de mesures protectrices ou provisionnelles (TF 5A_710/2009 du 22 février 2010 c. 4.1 et les réf. citées ; TF 5A_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010, p. 894).

Les mesures provisionnelles ont été introduites en première instance avant l'entrée en vigueur du CPC. Selon la jurisprudence antérieure au CPC, une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (cf. Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC). Elle est également applicable lorsque le juge des mesures provisoires est requis de modifier des mesures protectrices prises avant la litispendance (ATF 129 III 60; cf. art. 276 al. 2 CPC).

3. a) L'appelant fait valoir que son assurance-maladie s'élève à 231 fr. 95 et non à 200 fr. comme retenu par le premier juge. La police d'assurance du 2 avril 2011 étant postérieure à l'audience de première instance, elle est recevable et permet de retenir le montant de 231 fr. 95 allégué.

b) Par contre, le contrat de bail à loyer étant irrecevable car non produit en première instance, il sied de confirmer le montant de 730 fr. retenu par le premier juge.

4. L'appelant conteste qu'un gain hypothétique puisse lui être imputé. Il fait valoir qu'il est au chômage sans sa faute et qu'il accomplit tous les efforts que l'on peut exiger de lui pour retrouver un emploi.

Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien 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 – cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3) – qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (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 précité c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1).

En l'espèce, l'appelant a délibérément choisi de résilier son contrat de travail, qui plus est avec effet immédiat, au motif que son employeur lui avait refusé une augmentation de salaire. Ce faisant, il a pris le risque de ne plus être en mesure de verser la contribution d'entretien mise à sa charge. On aurait pu attendre de lui soit qu'il fasse valoir ses droits envers son employeur devant les Prud'hommes tout en restant au service de ce dernier, soit qu'il attende d'avoir trouvé un nouvel emploi avant de donner son congé.

Par ailleurs, force est de constater, au vu des pièces produites, que si l'appelant a suivi un cours de trois jours et a été assigné à un programme d'emploi temporaire, ses recherches d'emploi paraissent insuffisantes. Il produit en effet en tout et pour tout huit réponses pour

sept mois de chômage. Il aurait également pu diversifier ses offres dans le domaine de la restauration, où il a également œuvré entre 2000 et 2002.

Compte tenu de l'âge et du bon état de santé de l'appelant, c'est de manière conforme au droit fédéral que le premier juge a retenu un revenu hypothétique de 3'700 fr. brut, respectivement 3'300 fr. net par mois, qui est inférieur aux salaires dans la branche du commerce ou de la restauration où a travaillé l'appelant. On relèvera à cet égard que le salaire moyen brut pour des activités simples et répétitives, selon les Enquêtes sur les structures de salaires de l'Office fédéral de la statistique, s'élève à 4'210 fr. dans le domaine du commerce et à 3'683 fr. dans le domaine de l'hôtellerie (Annuaire statistique de la Suisse 2010 p. 108). L'obtention d'un revenu net de 3'300 fr. apparaît donc à la fois exigible et possible au vu de l'ensemble des circonstances.

5. Lorsqu'un revenu hypothétique est admis, c'est au regard de ce revenu qu'il doit être examiné si le minimum vital du débiteur est sauvegardé (ATF 123 III 1 c. 3c).

L'appelant dispose d'une capacité de gain de 3'300 fr. par mois et des charges, comprenant le minimum d'existence (1'350 francs), le loyer (730 francs) et l'assurance-maladie (231 fr. 95), de 2'312 francs. Il en résulte un excédent de l'ordre de 1'000 fr. par mois. Par conséquent, la contribution de 600 fr. par mois n'entame pas le minimum vital de l'appelant.

En conséquent, l'appel doit être rejeté sur ce point.

6. Conformément à l'art. 29 al. 3 première phrase Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999; RS 101), toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès. Ce principe se retrouve tant à l'art. 1 aLAJ (loi vaudoise du 24

novembre 1981 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 173.81, abrogée le 1^{er} janvier 2011, cf. art. 173 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]) qu'à l'art. 117 CPC. D'après la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 Cst., un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter; il n'est pas dépourvu de chances de succès lorsque celles-ci et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes (TF 4A_455/2010 du 20 octobre 2010; ATF 133 III 614 c. 5; ATF 129 I 129 c. 2.3.1, JT 2005 IV 300).

En l'espèce, l'appel apparaissant d'emblée dénué de chance de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée.

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

Dès lors que le bénéfice de l'assistance judiciaire n'a pas été accordé à A.E._____, les frais de deuxième instance de l'appelant, arrêtés à 200 fr. pour tenir compte de sa situation financière (art. 6 al. 3 et 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), sont mis à sa charge.

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 de l'appelant A.E. _____ est rejetée.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.E. _____.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 18 juillet 2011

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 Romano Buob (pour A.E. _____),
- Me Stéphane Coudray (pour B.E. _____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 20'000 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 :