

# VD\_FINDINFO HC / 2011 / 159 vom 24. Februar 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-02-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_159](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___159)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 159 du 24 février 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 159 del 24 febbraio 2011

## Regeste

POUVOIR D'EXAMEN, CONSTATATION DES FAITS, MESURE PROVISIONNELLE, DIVORCE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, CONJOINT, MODIFICATION{EN GÉNÉRAL} | 125 al. 1 CC, 137 al. 2 CC, 163 CC, 276 al. 1 CPC (CH), 317 al. 1 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

a) La décision attaquée a été rendue le 4 janvier 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<sup>er</sup> 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 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, in JT 2010 III 115, spéc. p. 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). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]). 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 francs, l'appel est formellement recevable.

### E. 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 (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (ibidem, p. 136). 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., p. 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 (ibidem, pp. 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*, Berne 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 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). Comme le relève à juste titre Tappy, 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, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 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.*, n. 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.*, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, *op. cit.*, n. 2415 p. 438). En l'espèce, est seule litigieuse en deuxième instance la question de la contribution d'entretien en faveur de l'appelante. Dans ce cadre, ne sont admissibles que les pièces faisant état de faits survenus après l'audience de mesures provisionnelles du 19 octobre 2010 et celles figurant déjà au dossier de première instance, les parties n'ayant pas démontré pour les autres qu'elles ne pouvaient, malgré la diligence requise, les produire en première instance.

### **E. 3**

L'appelante soutient que la situation économique des parties ne s'est pas modifiée de telle manière qu'une suppression de la contribution d'entretien ne se justifie pas. 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). L'art. 137 al. 2 CC, abrogé au 1<sup>er</sup> janvier 2011, respectivement l'art. 276 al. 1 CPC, mentionnent que les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 171 ss CC) sont applicables par analogie. D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe, en application de l'art. 163 al. 1 CC, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Tant que dure le

mariage, les époux doivent donc contribuer, chacun selon ses facultés (art. 163 al. 2 CC), aux frais supplémentaires engendrés par l'existence parallèle de deux ménages. Chaque époux peut prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa p. 318). Lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, le principe de l'indépendance financière gagne en importance, en sorte qu'il faut se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce, en particulier pour examiner la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (ATF 128 III 65 c. 4a, JT 2002 I 459). Selon la jurisprudence relative à l'art. 125 CC, une contribution d'entretien en faveur de l'ex-conjoint est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux créancier ("lebensprägend") et que celui-ci n'est pas en mesure de subvenir à son entretien (ATF 134 III 145 c. 4; TF 5A\_214/2009 du 27 juillet 2009 c. 3.2). Si le mariage a au moins duré dix ans – période à calculer jusqu'à la date de la séparation des parties (ATF 132 III 598 c. 9.2; ATF 127 III 136 c. 2c) –, il a eu, en règle générale, une influence concrète (ATF 135 III 59 c. 4.1; TF 5C.49/2005 du 23 juin 2005 c. 2 in La Pratique du droit de la famille [FamPra.ch] 2005 p. 919). Inversement, il y a une présomption de fait de l'absence d'impact décisif du mariage sur la vie des époux lorsque celui-ci a duré moins de cinq ans (ATF 135 III 59 c. 4.1 et références). La jurisprudence retient également que, indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs, dans la mesure où l'enfant a été élevé jusqu'alors par le couple (ATF 135 III 59 c. 4.1 et références; TF 5C.261/2006 du 13 mars 2007 c. 3 in FamPra.ch 2007 p. 694; TF 5A\_167/2007 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 c. 4), ou en présence d'un déracinement culturel (TF 5A\_275/2009 du 25 novembre 2009 c. 2.1; TF 5C.38/2007 du 28 juin 2007, c. 2.8 in FamPra.ch 2007 p. 930). A cet égard, un conjoint – y compris le créancier d'aliments (ATF 127 III 136 c. 2c) – peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui et que l'obtention d'un tel revenu soit effectivement possible (ATF 128 III 4 c. 4a; ATF 127 III 136 c. 2a). Les critères permettant de déterminer le montant du gain 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. 4c/cc; TF 5A\_460/2008 du 30 octobre 2008 c. 4.1). Il existe en outre une présomption de fait selon laquelle il est déraisonnable d'exiger la reprise d'une activité lucrative à l'âge de quarante-cinq ans, mais cette limite d'âge ne doit pas être considérée comme une règle stricte (TF 5A\_11/2008 du 18 mars 2008 c. 4.1; TF 5 C.32/2001 c. 3b; Pichonnaz/Rumo-Jungo, in SJ 2004 II 47, spéc. note 41, p. 56). En l'espèce, les revenus de l'intimé ont passé depuis son changement d'employeur de 9'150 fr. à 8'876 fr. par mois, ce qui ne suffit pas à justifier une suppression de la contribution en cause. Le fait que son nouvel employeur ne l'ait plus rémunéré depuis le mois de septembre 2010, n'est pas un élément pertinent dans l'examen de la situation de l'intimé. En effet, celui-ci, bénéficie toujours d'une créance contre son employeur, le cas échéant couverte par les prestations de l'assurance-chômage en cas d'insolvabilité (cf. art. 51 ss LACI [loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage; RS 837.0]) et il ne saurait faire supporter à l'appelante le fait qu'il n'a pas fait usage des moyens de défense conférés au travailleur lorsque l'employeur ne verse pas le salaire par l'art. 324 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) (cf. ATF 136 III 313 c. 2.3.1; ATF 120 II 209, JT 1995 I 367) et par l'art. 337 CO (cf. TF 4C.2/2003 du 25 mars 2003 c. 5.2 et références). Quant à son licenciement, il n'est en l'état pas déterminant, l'intimé n'ayant pas démontré que sa période de chômage serait durable (cf. TF 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 4.3 et

références). Enfin, l'accueil et l'aide offerts par l'intimé à la sœur de sa compagne ne répondent à aucune obligation légale et ne sauraient donc prévaloir sur les devoirs pécuniaires découlant du mariage. Tant le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 juin 2008 que l'arrêt sur appel du 13 novembre 2008 ne traitent pas de la question des chances de réconciliation du couple. Ces décisions sont d'ailleurs intervenues peu de temps après le retour de l'appelante en Suisse. Depuis, les parties se sont violemment opposées, ainsi qu'en témoignent les plaintes pénales déposées, et elles ont toutes deux conclu au fond au divorce. L'éventualité d'une reprise de la vie commune peut ainsi être exclue. Il convient dès lors de tenir compte de cet élément non pris en compte dans les décisions susmentionnées et d'examiner conformément à la jurisprudence précitée si l'on peut exiger de l'appelante la reprise d'une activité lucrative. A cet égard, il y lieu de relever que l'appelante est âgée aujourd'hui de quarante-deux ans, qu'elle est au bénéfice d'une formation universitaire étrangère et qu'elle maîtrise cinq langues. En outre, la garde des enfants a été attribuée à l'intimé. Dans ces circonstances, l'on peut exiger d'elle qu'elle reprenne une activité lucrative. D'un autre côté, il n'a pas été établi que l'appelante ait conservé une telle activité durant le mariage et le diplôme qu'elle possède est étranger, ce qui est de nature à rendre plus difficile son insertion dans le marché du travail. Au vu de ces éléments, il y a lieu de considérer qu'elle est en mesure, en l'état, de réaliser un revenu mensuel de 1'500 fr., en élargissant, le cas échéant, le champ de ses recherches d'emploi. Compte tenu de ce revenu hypothétique, il convient de réduire la contribution en cause à 1'500 fr. par mois. Vu la réduction de moitié de la contribution en cause, il n'y a plus lieu de prévoir un versement en treize fois par année.

#### **E. 4**

En conclusion, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance attaquée réformée en ce sens que la contribution d'entretien due par l'intimé à l'appelante est fixée à 1'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010. Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5). Vu l'issue de l'appel, il convient de les mettre, ainsi que les dépens de deuxième instance, par moitié à la charge de chacune des parties, (art. 106 al. 2 CPC). En conséquence, la part des frais judiciaires de l'appelante est laissée à la charge de l'Etat, vu l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée. L'intimé doit verser à la caisse du tribunal sa part de 300 fr. desdits frais et les dépens de deuxième instance doivent être compensés.

#### **E. 5**

Le conseil de l'appelante a produit une liste détaillée des opérations effectuées en deuxième instance, pour un montant total de 14 h. 20, dont le 90 % effectuées par un stagiaire. Cette liste peut être confirmée sous réserve du poste rédaction de huit courriers (1 heure), qui doit être réduit à 40 minutes, soit un total de 14 heures d'activité. En retenant globalement 12 h. 30 d'activité de stagiaire à 110 fr. l'heure (art. 2 al. 1 let. b RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]), soit une indemnité de 1'375 fr. (12,5 h. x 110), et 1 h. 30 d'activité d'avocat à 180 fr. de l'heure (art. 2 al. 1 let a RAJ), soit une indemnité de 270 fr. (1,5 h x 180), on aboutit à une indemnité totale de 1'645 fr., à laquelle il convient d'ajouter des débours, par 5 fr., et la TVA à 8 % sur le tout (art. 2 al. 3 RAJ). L'indemnité totale doit en conséquence être fixée à 1'782 fr. ((1'645 + 5) x 108 %). Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est partiellement admis. II. L'ordonnance est réformée comme il suit au chiffre VI de son dispositif. VI Dit que B.W. \_\_\_\_\_ contribuera dès le 1

er septembre 2010 à l'entretien de A.W.\_\_\_\_\_ par le versement d'une pension mensuelle payable au début de chaque mois de 1'500 fr. (mille cinq cents francs). L'ordonnance est confirmée pour le surplus. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat, par 300 fr. (trois cents francs), et mis à la charge de l'intimé B.W.\_\_\_\_\_, par 300 fr. (trois cents francs), qui en doit paiement à la Caisse du Tribunal cantonal. IV. Les dépens de deuxième instance sont compensés V. L'indemnité du conseil d'office de A.W.\_\_\_\_\_ pour la procédure de deuxième instance est fixée à 1782 fr. (mille sept cent huitante-deux francs), TVA et débours inclus. VI. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 28 février 2011 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 Pierre Mathyer (pour A.W.\_\_\_\_\_), ■ Me Jean de Gautard (pour B.W.\_\_\_\_\_). 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 d'arrondissement de l'Est vaudois. Le greffier :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.