

# VD\_FINDINFO HC / 2011 / 202 vom 18. April 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-04-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_202](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___202)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 202 du 18 avril 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 202 del 18 aprile 2011

## Regeste

OBLIGATION D'ENTRETIEN | 176 al. 1 ch. 1 CC

## Erwägungen

### E. 1

Les voies de droit contre un prononcé communiqué, comme en l'espèce, après le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [RS 272]; art. 405 al. 1 CPC).

### E. 2

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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121). Les ordonnances de mesures protectrices 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). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV). 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.

### E. 3

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., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 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., 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, *ZPO-Komm*, 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). 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, *op. cit.*, JT 2010 III 139; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2<sup>e</sup> 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). En l'espèce, vu la présence d'un enfant mineur, les pièces produites en deuxième instance sont recevables.

#### **E. 4**

L'appelant ne remet pas en cause l'application en l'espèce de la méthode du minimum vital avec répartition des excédents, ni le fait que, vu la présence d'enfants, il se justifie d'adopter une répartition à raison de 60% pour l'intimée et de 40% pour l'appelant. Il n'y a pas lieu de revenir sur ces points, conformes à la jurisprudence (cf. ATF 114 II 26; ATF 119 II 314 c. 4; ATF 126 III 8 c. 3c, JT 2000 I 29). 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 applicable en matière de mesures protectrices de l'union conjugale.

#### **E. 5**

a) L'appelant remet en cause certains postes du minimum vital des parties tel que retenu par le premier juge. Il considère que son revenu a été surévalué et celui de l'intimée sous-évalué. Selon lui, celle-ci devrait se voir imputer un revenu hypothétique. a/aa)

L'appelant relève à juste titre que les parties ont toujours tenu compte de leurs assurances complémentaires dans le calcul de leur minimum vital respectif. D'après la doctrine, en cas d'accord des parties, les assurances complémentaires peuvent être intégrées dans le budget des parties (Chaix, *Commentaire romand*, n. 9 ad art. 176 CC). On relève en effet que des primes de 506 fr. avaient été prises en comptes pour l'appelant dans le prononcé de mesures protectrices du 22 octobre 2008, correspondant à la prime LAMal par 318 fr. et les primes d'assurances complémentaires par 189 fr. Au demeurant, le premier juge a tenu compte dans

le minimum vital de l'intimée de ses assurances complémentaires. Il y a donc lieu de retenir pour l'appelant à titre de primes d'assurances maladie (obligatoire et complémentaire) le montant de 308 fr. 50 (201 fr. 50 + 107 fr.). bb) L'appelant conteste le montant de 60 fr. retenu par le premier juge à titre de frais de transport, correspondant aux frais d'abonnement TL, dans la mesure où il est domicilié et travaille à Lausanne. Il fait valoir des frais de transport mensuel par 750 fr. et soutient que sa fonction d'infirmier chef l'amène à devoir assumer des services de piquet et à se déplacer nuitamment et à bref délai, ce qui est incompatible avec les horaires des transports publics. Un véhicule privé lui serait dès lors nécessaire. L'intimée a fait valoir quant à elle que l'appelant se rend au maximum deux ou trois fois par année en urgence à son lieu de travail et qu'une course de taxi ne saurait excéder un montant global de 30 à 35 francs. Il n'est pas établi que l'appelant soit amené à se rendre fréquemment en urgence en pleine nuit à son lieu de travail. On se contentera dès lors d'arrondir à 100 fr. par mois les frais de transports, pour tenir compte des frais de taxis nécessaires. cc) L'appelant relève qu'il y a lieu de tenir compte des frais de repas professionnels des parties, par 220 fr. pour l'appelant et par 132 fr. pour l'intimée. Ce point n'est pas contesté par l'intimée et doit être retenu. dd) L'appelant soutient que son revenu est surévalué. Il résulte effectivement de son bulletin de salaire du mois de décembre 2010 que le 13<sup>ème</sup> salaire n'est pas soumis à cotisations sociales de deuxième pilier, lesquelles ne s'appliquent que sur la part de 8'287 fr. 67 du revenu. Le revenu mensuel net de celui-ci s'élève ainsi à 8'072 fr. 30 (salaire brut de 9'491 fr. 70, dont à déduire les cotisations AVS et chômage et les primes d'assurance accidents non professionnels par 7,096%, soit 673 fr. 50 et la LPP par 745 fr. 90). Le 13<sup>ème</sup> salaire s'élève à 8'818 fr. 20 net (salaire brut de 9'491 fr. 70, dont à déduire les seules cotisations AVS et chômage et les primes d'assurance accidents non professionnels par 7,096%, soit 673 fr. 50), soit 734 fr. 80 par mois. Le revenu mensuel net pertinent est de 8'072 fr. 30 + 734 fr. 80 = 8'807 fr. 10. Il est donc de 326 fr. 70 inférieur à celui admis par le premier juge (9'133 fr. 80 – 8'807 fr. 10). ee) L'appelant fait valoir qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte dans les charges de l'intimée le montant de base pour C.K.\_\_\_\_\_, qui est majeur et dont on ignore s'il réintégrera le domicile de sa mère après son service militaire. Sur ce dernier point, il résulte de l'attestation d'C.K.\_\_\_\_\_, du 6 février 2011, que celui-ci rentre chez sa mère lors de ses congés militaires et qu'il compte séjourner chez elle pendant une durée indéterminée à la fin de son temps de service. L'audition d'C.K.\_\_\_\_\_ n'est pas nécessaire compte tenu de ladite attestation. Pour le surplus, les parties avaient admis de tenir compte dans les charges de l'épouse du montant de base d'C.K.\_\_\_\_\_, déjà majeur. En particulier, il a été tenu compte de son minimum vital dans les charges de l'intimée dans le cadre du prononcé de mesures protectrices du 20 novembre 2008 et dans la convention signée par les parties lors de l'audience du 28 janvier 2009. Tant qu'C.K.\_\_\_\_\_ vit chez sa mère, il n'existe aucune circonstance nouvelle justifiant de s'écarter de ce que les parties avaient admis. Le moyen est infondé. ff) L'appelant relève à juste titre que les primes d'assurances de l'appelante ne s'élèvent pas, selon les factures des primes produites, à 707 francs. Elles sont en effet de 612 fr. 70, soit 279 fr. 75 (primes LAMal de l'épouse) + 147 fr. 30 (primes LCA de l'épouse) + 105 fr. (participation annuelle de l'épouse de 1'261 fr. 80 : 12) + 60 fr. 45 (primes LCA de B.K.\_\_\_\_\_) + 20 fr. 20 (prime LaMal B.K.\_\_\_\_\_). gg) L'appelant fait valoir que le premier juge a retenu à tort une déduction de 418 fr. 55 sur le salaire de l'intimée, à titre de rachat de la Caisse de pension. Il a été effectivement tenu compte de cette déduction dans le prononcé de mesures protectrices du 20 novembre 2008 dont le salaire net retenu déduisait cette cotisation et ce point n'a pas été remis en cause par les parties dans leur accord du 28

janvier 2009. Il n'y a dès lors aucune circonstance nouvelle justifiant de s'écarter de cette manière de faire, d'autant que l'appelant en profitera puisque ce rachat augmentera l'avoir LPP à partager. Le moyen est infondé. hh) L'appelant fait valoir que l'intimée, habitant dans un six pièces, pourrait louer une chambre à un étudiant, de sorte qu'il y aurait lieu de retenir un revenu hypothétique de 400 francs. L'intimée soutient quant à elle que la quatrième chambre n'est pas fermée, sinon par un rideau et donne directement sur la cuisine et qu'on ne peut exiger d'elle qu'elle la loue. Quelle que soit la configuration exacte de l'appartement, on ne saurait exiger de l'intimée qu'elle en loue une partie à un tiers, alors qu'elle y vit avec ses deux enfants. Le loyer de 2'230 fr. n'est pas ailleurs pas excessif. Le moyen est infondé. ii) L'appelant soutient enfin que l'intimée, compte tenu du manque chronique de personnel infirmier qualifié, pourrait augmenter son taux d'activité à 80 %. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50 % avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de dix ans révolus, et de 100 % avant qu'il n'ait atteint l'âge de seize ans révolus (ATF 115 II 6 c. 3c). Ces lignes directrices sont toujours valables dès lors que, comme par le passé, la garde et les soins personnels sont dans l'intérêt des enfants en bas âge, ainsi que de ceux en âge de scolarité, et que les soins personnels représentent un critère essentiel lors de l'attribution de la garde (TF 5A\_210/2008 du 14 novembre 2008 c. 3.2, non publié in ATF 135 III 158). L'enfant B.K. \_\_\_\_\_ étant aujourd'hui âgé de quinze ans, on ne saurait exiger actuellement de l'intimée qu'elle augmente son temps de travail, ce qu'elle devra cependant faire à moyenne échéance.

#### **E. 6**

En définitive, les charges de l'appelant doivent être augmentées de 107 fr. (assurance complémentaire), 40 fr. (frais de transport) et 320 fr. (frais de repas) et son revenu diminué de 326 fr. 70. Son excédent est dès lors de 5'568 fr. 60 et non de 6'258 fr. 30. Les charges de l'intimée doivent être diminuées de 94 fr. 30 (primes d'assurances) et augmentées de 132 fr. (frais de repas), soit augmentées au total de 37 fr. 70. Ses charges incompressibles sont de 5'524 fr. 70. Le premier juge a considéré que le déficit de l'intimée était de 816 fr. 40. Son calcul était clairement erroné. En prenant ses chiffres (salaire de 3'963 fr. 60 et charges incompressibles de 5'487 fr.), il aurait dû retenir un déficit de 1523 fr. 40 et non de 816 fr. 40, comme il l'a fait. Compte tenu des charges incompressibles de 5'524 fr. 70, le déficit de l'intimée est en réalité de 1'561 fr. 10. Les gains totaux des époux sont de 12'770 fr. 70 (8807 fr. 10 + 3'963 fr. 60) et leurs minima vitaux de 8'763 fr. 20 (3'238 fr. 50 + 5524 fr. 70), de sorte que l'excédent s'élève à 4'007 fr. 50. L'intimée a droit à son découvert de 1'561 fr. 10, ainsi qu'au 60% de l'excédent, par 2'404 fr. 50. La pension aurait ainsi pu être fixée à 3'965 fr. 60. En l'arrêtant à 3'600 fr., le premier juge n'a, dans le résultat, pas abusé de son pouvoir d'appréciation.

#### **E. 7**

En conclusion, l'appel doit être rejeté et le prononcé confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelant sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5). L'appelant ayant succombé, des dépens, à hauteur de 1'200 fr., sont alloués à l'intimée (art. 37 CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02). Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est rejeté. II. Le prononcé est confirmé. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant. IV. L'appelant A.K. \_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée Q.K. \_\_\_\_\_ la somme de 1'200 fr.

(mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du 19 avril 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 Cornelia Seeger Tappy (pour A.K. \_\_\_\_\_), ■ Me Jean Jacques Schwaab (pour Q.K. \_\_\_\_\_). 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 Lausanne. La greffière :

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