

## **VD\_FINDINFO HC / 2012 / 372 vom 8. Juni 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-06-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_372](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2012___372)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 372 du 8 juin 2012

IT: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 372 del 8 giugno 2012

### **Regeste**

REVENU HYPOTHÉTIQUE, OBLIGATION D'ENTRETIEN | 176 al. 1 CC, 308 al. 1 CPC

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La voie de l'appel est ouverte contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés comme des ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales, le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC [TF 5A\_704/2011 du 23 février 2012]). Interjeté en temps utile par une personne 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 francs, l'appel est recevable (art. 311 CPC).

#### **E. 2.1**

L'appel en matière de protection de l'union conjugale relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

#### **E. 2.2**

L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 (sur le tout : JT 2011 III 43 et les références citées)

#### **E. 2.3**

L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel peut toutefois à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance si un élément de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 148).

#### **E. 2.4**

Les faits et moyens de preuves 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 (JT 2010 III 136-137). La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43; RSPC 2011, p. 320, note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 2410). Toutefois ces novas peuvent 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). En l'espèce, à partir du moment où le couple a deux enfants mineurs, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, op. cit. nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par l'appelant sont donc susceptibles d'être examinées par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC. Enfin, n'étant pas nouvelles, les conclusions de l'appelant sont recevables (art. 317 al. 2 CPC).

### **E. 3**

L'appelant entend contester le calcul de la contribution d'entretien et les critères retenus à la base de sa fixation; il fait en particulier grief au premier juge d'avoir créé une fiction de revenu hypothétique en faisant la moyenne de ses revenus de deux années distinctes.

#### **E. 3.1**

En vertu de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) relatif à l'organisation de la vie séparée des époux, applicable par analogie aux mesures provisionnelles (art. 137a CC, désormais art. 272 CPC), le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le revenu effectif du débiteur est l'un des critères à prendre en considération lorsque l'on veut fixer le montant de la contribution. Pour déterminer le montant de la contribution à partir des revenus et charges du débiteur d'entretien, le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul. L'une des méthodes que préconise la doctrine et qui est considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières moyennes, tant que dure le mariage, 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 les dépenses non strictement nécessaires sont ajoutées, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre les époux (TF 5A\_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4; TF 5A\_515/2008 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 c. 2.1). Un conjoint peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération : s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en

faisant preuve de bonne volonté (TF 5A\_679/2011 du 10 avril 2012 c. 5.1; ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, Basler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., n. 10 ad art. 137 CC). La prise en compte d'un revenu hypothétique dépend de deux conditions : il s'agit premièrement de déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de la 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. 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 qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication). Ensuite, le juge doit établir 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 128 III 4 c. 4c/bb; TF 5A\_18/2011 c. 3.1.1; TF 5A\_435/2011 du 14 novembre 2011 c. 6.2; Hohl, Questions choisies en matière de recours au Tribunal fédéral, Le droit du divorce : Questions actuelles et besoins de réforme, Zurich, Bâle, Genève 2008, 145-172). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010; ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication).

### **E. 3.3**

Le premier juge a fait une moyenne des revenus de l'intimé, sur la base des revenus imposables pour les exercices 2010 et 2011. Il en a tiré un revenu mensuel net moyen de 5'316 francs ( $[6'743 + 3'889] : 2$ ), tout en relevant qu'il serait préférable, au vu de l'importante différence de revenus entre les deux années, de pouvoir tenir compte d'une plus large période de référence.

### **E. 3.4**

En l'espèce, la baisse du bénéfice net d'exploitation de l'appelant durant l'exercice 2011 s'explique par la nécessité à laquelle il a été confronté de consentir certaines réparations sur ses machines et outils, et d'acquérir un véhicule, ce qui ne saurait se répéter chaque année dans ces proportions et ne saurait lui être reproché. Dès lors cependant que l'intimé réalise des bénéfices fluctuants, il convient de prendre en considération son bénéfice moyen durant plusieurs années. Les trois dernières années fournissent des données particulièrement exhaustives et complètes, au contraire des trois premières qui correspondent au démarrage de l'exploitation, et seront retenues pour calculer la moyenne des revenus du débiteur. L'appelant ayant réalisé un gain mensuel net de 4'475 fr. en 2009 ( $53'700 : 12$ ), 6'458 fr. en 2010 ( $77'500 : 12$ ) et 3'889 fr. en 2011, son revenu net moyen sur ces trois années s'est élevé à 4'900 fr. net par mois ( $[4'475 + 6'458 + 3'889] : 3$ ). Ce montant servira de base pour le calcul des contributions querellées. Les charges incompressibles de Q. \_\_\_\_\_ totalisent 3'296 fr. 95. Selon les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite définies par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse le 15 mai 2012 ([www.vd.ch/fr/themes/économie/poursuite-et-faillite/minimum-vital](http://www.vd.ch/fr/themes/économie/poursuite-et-faillite/minimum-vital)), elles comprennent une base mensuelle d'entretien pour un adulte vivant seul de 1'200 fr. (Blätter für Schuldbereitung un Konkurs [BISchK] 2009, ch. I, p. 197), un supplément pour

l'exercice du droit de visite (150 fr.), des frais de logement hypothétiques, arrêtés au montant correspondant à un appartement qui lui permette d'accueillir convenablement ses enfants (1'200 fr.), les cotisations pour l'assurance-maladie obligatoire (287 fr. 60) et le versement de la contribution pour l'entretien de son fils (459 fr. 35). Il en résulte un disponible de 1'603 fr. 05 (4'900 - 3'296.95). Le minimum d'existence de W.\_\_\_\_\_ est de 4'744 francs. Selon les directives rappelées ci-dessus, il comprend une base mensuelle pour un débiteur monoparental (1'350 fr.), la base mensuelle pour deux enfants de moins de moins de dix ans (800 fr.), des frais de logement (1'285 fr.), les cotisations pour son assurance-maladie obligatoire et celle des enfants après mensualisation de la franchise (660 fr.), des frais de transport (66 fr.), de repas hors du domicile (120 fr) et de garderie (613 fr.). Rapporté au revenu de la prénommée, il représente un déficit de 2'989 fr. (1'755 - 4'744). En l'occurrence, les ressources disponibles du couple de 6'655 fr. (4'900 + 1'755) ne suffisent pas à satisfaire les minima vitaux totalisant 8'040 fr. 95 (3'296.95 + 4'744). Dans une telle situation, dite d'"Unterdeckung", on commence par servir au débiteur son minimum vital et la prestation alimentaire est égale au solde disponible (Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993 p. 439). Ainsi la pension due s'élève à 1'600 fr. en chiffres ronds alors que la pension querellée était de 2'000 francs. Elle est payable d'avance, le premier de chaque mois, dès et y compris le 1<sup>er</sup> avril 2012. L'appel est en conséquence partiellement admis.

#### **E. 4**

En définitive, l'appel est partiellement admis et le prononcé réformé dans le sens indiqué ci-dessus. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). La requête d'assistance judiciaire de chacune des parties ayant été admise, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 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). Me Benoît Morzier, conseil de l'appelant, a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Vu la liste des opérations et débours pour la procédure d'appel produite par le prénommé le 11 juin 2012, une indemnité d'office à hauteur de 1'998 fr. lui est accordée selon le décompte suivant, au tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.03]) pour un total de dix heures : 1'800 fr. d'honoraires (180 : 60 x 600) et 144 fr. de TVA au taux 2011 de 8%, plus 50 fr. de débours et 4 fr. de TVA (art. 2 al. 4 RAJ et 42 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]). Me Aude Bichovsky, conseil de l'intimée, a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Le relevé des opérations produit le 8 juin 2012 par la prénommée, qui annonce 6 h 54 consacrées à l'exercice de son mandat, peut être admis. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Aude Bichovsky doit être arrêtée à 1'242 fr. (180 : 60 x 414), TVA par 99 fr. 36 en sus, plus 50 fr. de débours et 4 fr. de TVA, soit un montant total de 1'395 fr. 35. 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 au conseil d'office mis à la charge de l'Etat. En ce qui concerne enfin les dépens de deuxième instance, l'adjudication respective des conclusions des parties justifie de les compenser. 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. Le chiffre II du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 13 avril 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne est réformé en ce sens que Q.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier service d'une

pension mensuelle de 1'600 fr. (mille six cents francs), allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de W. \_\_\_\_\_, dès et y compris le 1<sup>er</sup> avril 2012. Le prononcé est confirmé 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. IV. L'indemnité d'office de Me Benoît Morzier, conseil de l'appelant Q. \_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'998 fr. (mille neuf cent nonante-huit francs), TVA et débours compris. V. L'indemnité d'office de Me Aude Bichovsky, conseil de l'intimée W. \_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'395 fr. 35 (mille trois cent nonante-cinq francs et trente-cinq centimes), TVA et débours compris. VI. 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 au conseil d'office mis à la charge de l'Etat. VII. Les dépens de deuxième instance sont compensés. VIII. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : 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 Benoît Morzier (pour Q. \_\_\_\_\_), ■ Me Aude Bichovsky (pour W. \_\_\_\_\_). 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 d'arrondissement de Lausanne. Le greffier :

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