

## **VD\_FINDINFO HC / 2012 / 69 vom 4. Januar 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-01-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2012___69)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 69 du 4 janvier 2012

IT: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 69 del 4 gennaio 2012

### **Regeste**

MODIFICATION{EN GÉNÉRAL}, OBLIGATION D'ENTRETIEN, REVENU HYPOTHÉTIQUE | 179 al. 1 CC, 138 al. 3 let. a CPC (CH), 142 al. 1 CPC (CH), 142 al. 3 CPC (CH), 276 al. 1 CPC (CH)

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

CPC). Selon l'art. 142 al. 1 CPC, les délais déclenchés par une communication courent dès le lendemain de celle-ci. L'art. 138 al. 3 let. a CPC dispose qu'un acte est réputé notifié, en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré, à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification. S'agissant de la computation des délais, l'art. 142 al. 3 CPC prévoit que si le dernier jour d'un délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit. Selon la jurisprudence fédérale relative aux art. 44 al. 1 et 2 et 45 al. 1 LTF (Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110), dont la teneur est la même que celle des art. 142 al. 1 et 3 et 138 al. 3 let. a CPC, la fiction de notification intervient à l'échéance d'un délai de sept jours après la tentative infructueuse de distribution, cela même si le septième jour est un samedi ou un jour férié. Le délai de recours commence à courir le jour suivant la fiction de notification, peu importe si ce jour est un samedi, dimanche ou un jour férié, dès lors que la règle de l'art. 45 al. 1 LTF ne traite que de la fin des délais (TF 5A\_98/2011 du 3 mars 2011 c. 2.2.2, RSPC 4/2011 p. 299). La doctrine considère également, s'agissant du Code de procédure civile, que la notification d'un pli recommandé non retiré est réputée accomplie au terme du délai de sept jours peu importe que le dernier jour soit un samedi ou un jour férié (Bohnet, CPC commenté, Bâle 2011, n. 25 ad art. 138 CPC, p. 553), le dies a quo du délai d'appel ou de recours pouvant être un samedi ou un jour férié (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 23 ad art. 142 CPC, pp. 570-571; cf. également Donzallaz, La notification en droit interne suisse, n. 1088, p. 521). En l'espèce, il est douteux que l'appel ait été déposé en temps utile. L'ordonnance querellée a été communiquée au mandataire de l'appelante par pli recommandé du vendredi 14 octobre 2011. Invité à retirer l'envoi au guichet postal jusqu'au samedi 22 octobre 2011, c'est à cette même date que venait à échéance le délai de garde, de sorte que le délai d'appel de dix jours expirait le mardi 1 er novembre 2011. L'argumentation de l'appelante selon laquelle la notification aurait eu lieu le premier jour ouvrable suivant le septième jour du délai de garde intervenu un samedi ne saurait être suivie au regard de la jurisprudence fédérale susmentionnée relative aux art. 44 et 45 al. 1 LTF, qui devrait être transposable aux art. 138 al. 3 let. a et 142 al. 1 et 3 CP, compte tenu de leur teneur largement semblable. Cette question peut toutefois demeurer indécise, dès lors que les griefs de l'appelante sont de toute manière infondés. d) Pour le

surplus, formé par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) le présent appel, écrit et motivé, introduit auprès de l'instance d'appel soit, en l'occurrence, la Cour d'appel civil dont un membre statue comme juge unique (art. 84 al. 1 et 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]), est recevable à la forme.

## **E. 2**

in JT 2011 III 43). Les maximes inquisitoire illimitée et d'office de l'art. 296 al. 1 et

## **E. 3**

a) L'appelante se plaint de la décision prise par le premier juge de réduire la pension provisionnelle de 2'750 fr. à 1'300 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> avril 2011. En substance, elle fait grief au premier juge de ne pas avoir imputé à l'intimé un revenu hypothétique supérieur à son revenu effectif. b) Selon l'art. 179 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) relatif aux mesures protectrices de l'union conjugale, applicables par analogie aux présentes mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 CPC), à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. D'après la jurisprudence fédérale 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 le nouveau CPC (Kobel, in Sutter-Somm /Hasenböhler /Leuenberger, ZPO Komm., Zurich /Bâle /Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC, p. 1612). Il appartient au requérant à la modification d'établir, ou du moins de rendre vraisemblable, ce changement de circonstances (art. 8 CC). Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 II 118 c. 2.3) – que l'on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit 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). En second lieu, 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; ATF 126 III 10 c. 2b). Pour imputer un revenu hypothétique au débirentier, il faut encore que la mise à profit des capacités de gain du parent soit suffisamment évidente, des conditions financières modestes imposant des exigences particulièrement élevées pour conclure que tel serait le cas (ATF 137 III 118). c) Le premier

point contesté par l'appelante est le nombre d'heures effectuées par l'intimé dans son emploi de temporaire. Selon ses propres calculs, l'appelante considère que l'intimé pourrait réaliser un revenu de 7'931 fr. à plein temps sur la base du salaire horaire communiqué de 43 fr. (soit 8,5 heures par jour à 43 fr. x 21,7 jours). Sur la base des décomptes produits, desquels il ressort que l'intimé n'a pas travaillé autant, obtenant des salaires nets de 5'673 fr. en mai 2011, 3'775 fr. en juin 2011 et 3'502 fr. en juillet 2011, le premier juge a retenu que l'intimé percevait un gain mensuel net moyen de 4'316 francs. Cette appréciation ne saurait être critiquée. En effet, l'intimé a connu une longue période de chômage, son délai-cadre étant arrivé à échéance le 31 mars 2011, avant de retrouver du travail sous forme d'un contrat de mission temporaire de six mois. Dès lors qu'il n'est pas maître de son horaire, comme le relève d'ailleurs l'ordonnance querellée (p. 5), on ne saurait reprocher à l'intéressé de ne pas travailler au-delà de ce qui représente un emploi à 50 – 60 %, cela d'autant moins qu'il n'est pas démontré que l'intimé renoncerait volontairement à effectuer davantage d'heures, alors que son employeur souhaiterait le contraire. Le moyen de l'appelante doit être rejeté. d) L'appelante considère qu'au vu de la solide expérience de l'intimé en matière de gestion et d'administration d'établissements médico-sociaux, le premier juge aurait dû lui imputer un revenu hypothétique supérieur à son revenu effectif. Si l'on ne saurait faire abstraction de l'expérience professionnelle dont bénéficie l'intimé, il n'en reste pas moins que celui-ci a subi une longue période de chômage, dont le délai-cadre a pris fin le 31 mars 2011. Il est dès lors vraisemblable que son aptitude au placement est bien plus difficile que si cette période avait été de courte durée, un employeur ne pouvant que le relever. Par ailleurs, l'intimé a produit des offres d'emploi qui démontrent des efforts suffisants qu'il a produit pour retrouver du travail (ordonnance querellée p. 5). Au regard des critères posés par le Tribunal fédéral pour imputer à un débirentier un revenu hypothétique, il apparaît que la décision du premier juge est bien fondée. En effet, compte tenu de la longue durée de la période de chômage de l'intimé, de ses démarches actives pour retrouver un emploi, puis de l'évolution de la situation, la prise en compte d'un revenu hypothétique ne se justifie pas. Le moyen de l'appelante doit être rejeté.

#### **E. 4**

a) L'appelante critique également l'ordonnance entreprise au motif qu'elle ne tiendrait pas compte de la fortune de l'intimé, tout particulièrement du produit de la vente d'un appartement pour lequel il aurait touché un solde net de 245'000 fr. au printemps 2011. b) Selon la jurisprudence, lorsque les revenus du travail des époux suffisent à leur entretien, la substance de la fortune n'est normalement pas prise en considération (TF 5A\_827/2010 du 13 octobre 2011 c. 5.2). Selon la fonction et la composition de la fortune des époux, on peut toutefois attendre du débiteur d'aliments - comme du créancier - qu'il en entame la substance. En particulier, si elle a été accumulée dans un but de prévoyance pour les vieux jours, il est justifié de l'utiliser pour assurer l'entretien des époux après leur retraite ; en revanche, tel n'est en principe pas le cas lorsque les biens patrimoniaux ne sont pas aisément réalisables, qu'ils ont été acquis par succession ou investis dans la maison d'habitation (ATF 129 III 7 c. 3.1.2). En outre, pour respecter le principe d'égalité entre les époux, on ne saurait exiger d'un conjoint qu'il entame sa fortune que si on impose à l'autre d'en faire autant, à moins qu'il en soit dépourvu (TF 5A\_827/2011 du 13 octobre 2011 c. 5.2). c) En l'espèce, le premier juge a examiné dans quelle mesure la fortune de l'intimé devait éventuellement être mise à contribution pour l'entretien des siens. Il a retenu que l'on pouvait exiger de celui-ci qu'il mette à contribution sa fortune au moins pour couvrir la pension fixée en faveur des enfants, étant précisé que le montant fixé entame le minimum

vital de l'intéressé au vu de ses revenus et charges. Dans sa solution, le premier juge a ainsi fait la part des choses en retenant, d'une part, que la substance de la fortune du débirentier pouvait être entamée pour couvrir la pension fixée en faveur des enfants, mais que, d'autre part, il n'y avait pas lieu d'aller au-delà en imposant un prélèvement sur cette fortune pour couvrir en plus une pension en faveur de l'épouse (ordonnance attaquée, pp. 5-6). Ce raisonnement n'est pas critiquable, notamment au vu de la durée actuelle de la séparation des époux et du fait que la fortune ne peut qu'exceptionnellement servir à l'entretien courant. Le moyen de l'appelante doit être rejeté.

#### **E. 5**

L'appel doit ainsi être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC. 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 mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, prononce : 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 mis à la charge de l'appelante A.U.\_\_\_\_\_. IV. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du

#### **E. 6**

janvier 2012 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 Marc-Antoine Aubert (pour A.U.\_\_\_\_\_), ■ Me Olivier Flattet (pour B.U.\_\_\_\_\_). 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, 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). La greffière :

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