

# VD\_FINDINFO HC / 2013 / 97 vom 12. Februar 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2013\\_\\_\\_97](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2013___97)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 97 du 12 février 2013

IT: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 97 del 12 febbraio 2013

## Regeste

MESURE PROVISIONNELLE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, MODIFICATION{EN GÉNÉRAL}, REVENU HYPOTHÉTIQUE, NOVA, NOUVEAU MOYEN DE FAIT | 179 al. 1 CC, 179 CC

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272]). 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 est de la compétence du juge délégué de la Cour d'appel civile qui statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]). Formé en temps utile par une partie 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 fr., l'appel est recevable à la forme.

### E. 2

a) 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249 s.). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (CACI 14 mars 2011/12 c. 2 in JT 2011 III 43). b) 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). 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 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées). En appel, les novas, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, notamment en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure

matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) sont soumis au régime ordinaire (ATF 138 III 625 c. 2.2.). L'art. 317 al. 1 CPC régit ainsi de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable; l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. Cependant, des novas peuvent être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées, pp. 1201 s.; JT 2011 III 43). En l'occurrence, les faits nouveaux allégués en audience par l'appelant, tels que protocolés, sont recevables. Il s'agit en effet de vrais novas invoqués sans retard et dont l'appelant ne pouvait faire état en première instance. S'agissant en outre d'une cause régie par la maxime inquisitoire illimitée, leur recevabilité ne fait aucun doute. Mal fondé, le moyen de l'intimée doit ainsi être rejeté. c) Lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire, comme en l'espèce, le juge n'est pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et peut donc tenir compte de faits non allégués (ATF 107 II 233). En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, il appartient au juge d'éclaircir les faits et de prendre en compte tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (CACI 26 avril 2011/58 c. 4b et réf. citées).

### **E. 3**

a) Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), applicable directement pour les premières et par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes. Aux termes de l'art. 179 al. 1 CC, 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. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993; TF 5A\_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1; TF 5A\_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A\_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et réf.; TF 5A\_883/2011 du 20 mars 2012 c. 2.4). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (TF 5A\_618/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A\_147/2012 du 26 avril 2012 c. 4.2.1; TF 5A\_324/2012 du 15 août 2012 c. 5). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099; ATF 137 III 604 c. 4.1.1). b) En l'espèce, il y a lieu de procéder à un nouvel examen de la contribution litigieuse, dès lors que, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2012,

l'appelant ne percevait plus son salaire de 3'682 fr. 85, mais le revenu d'insertion. Il convient également de tenir compte des faits nouveaux exposés en appel, soit qu'en définitive, il perçoit des indemnités journalières perte de gain de 2'750 fr. par mois.

#### **E. 4**

a) Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, 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. 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), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4b/bb); un partage par moitié ne se justifie ainsi pas si l'un des époux doit subvenir aux besoins d'enfants mineurs (ATF 126 III 8 c. 3c). 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, JT 2007 I 351). b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille 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 qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui (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 c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement publié aux ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3). c) En l'occurrence, le premier juge a considéré qu'un revenu hypothétique pouvait être imputé à l'appelant puisqu'il s'était fait licencier à faute, qu'il n'avait manifestement entrepris aucune démarche pour retrouver un emploi et qu'il était apte à travailler, son incapacité de travail ayant pris fin à mi-novembre 2012. C'est à bon droit que le premier s'est interrogé sur le caractère fautif du licenciement de l'appelant, ainsi que sur les démarches entreprises pour retrouver un emploi. Toutefois, il résultait des pièces au dossier que l'appelant n'était pas apte à travailler puisqu'en incapacité de travail, attestée par certificat médical, jusqu'au 12 décembre 2012. Cet élément aurait donc dû conduire le premier juge à s'interroger sur la possibilité effective de l'appelant de réaliser un revenu supérieur à celui perçu, en l'occurrence le RI. Quoi qu'il en soit, au vu des éléments nouveaux allégués en audience d'appel, il est établi que l'appelant subit une incapacité de travail de longue durée depuis le 18 octobre 2012 à tout le moins. Cette incapacité de travail est attestée par certificats médicaux et par sa prise en charge par une assurance perte de gain maladie qui a d'ailleurs soumis l'appelant à un examen auprès de son médecin conseil. Dans ces circonstances, aucun revenu hypothétique ne peut être imputé à l'appelant. Il convient dès lors de

réexaminer le montant de la pension due en fonction des revenus actuels de l'appelant qui consistent en indemnités perte de gain d'un montant mensuel de 2'750 fr., depuis octobre 2012, compte tenu du versement rétroactif des prestations d'assurance. Le minimum vital mensuel de l'appelant s'élève à 2'240 fr., composé d'une base mensuelle de 1'350 fr., de son loyer de 779 fr. et de sa prime d'assurance maladie de 111 francs. Une fois déduites ses charges incompressibles de son revenu, l'appelant dispose d'un solde disponible de 510 fr. par mois. Quant à l'intimée, son minimum vital et celui de ses enfants se monte au minimum à 2'200 fr. (bases mensuelles pour adulte [1'200 fr.] et enfants [400 et 600 fr.]), hors autres charges fixes telles que le loyer et les primes d'assurance maladie. Au vu de son revenu estimé à 2'750 fr. par mois, le budget mensuel de l'intimée est déficitaire. Compte tenu de ce qui précède, l'entier du solde disponible de l'appelant doit ainsi être attribué à l'entretien de l'intimée et de leurs enfants, de sorte que la contribution d'entretien due par l'appelant est réduite à 510 francs par mois dès le 1<sup>er</sup> décembre 2012, allocations familiales en sus, et cela, aussi longtemps que l'appelant ne percevra que des indemnités journalières perte de gain. Ce montant correspond à quelques francs près à celui qu'il a admis devoir pour ses enfants à l'audience d'appel. Un point de départ antérieur de la réduction de la pension n'a d'ailleurs pas à être examiné puisque les parties ont confirmé que l'entier des pensions alimentaires avait été acquitté jusqu'au mois de novembre 2012 et que l'appelant renonçait à réclamer un éventuel remboursement des pensions payées en trop. Au vu des faits nouveaux allégués par l'appelant, ainsi que de ses déclarations protocolées, il apparaît pour le surplus que la conclusion III de sa requête d'appel du 20 décembre 2012 est devenue sans objet.

## **E. 5**

En conclusion, l'appel doit être admis et l'ordonnance entreprise réformée aux chiffres I et II et complétée par un chiffre IIbis en ce sens que la pension due par l'appelant est réduite à 510 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> décembre 2012, et ce, aussi longtemps qu'il percevra des indemnités journalières perte de gain de 2'750 fr., la convention du 23 août 2012 étant maintenue pour le surplus. 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 Yvan Guichard, conseil d'office de l'appelant, a produit une liste détaillée de ses opérations annonçant 5h de travail et 100 fr. de débours. Il a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). L'intimée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), versera à l'appelant la somme de 1'250 fr. à titre de dépens (art. 122 al. 1 let. d CPC). Pour le cas où ces dépens ne pourraient pas être obtenus de la partie adverse, l'indemnité d'office de Me Yvan Guichard, pour la procédure de deuxième instance, sera arrêtée à 1'123 fr. 20, comprenant un défraiement de 990 fr., des débours de 50 fr. et la TVA sur ces montants par 133 fr. 20 (art. 122 al. 2 CPC ; art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]). Me Jean Lob, conseil d'office 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 annonce 6h de travail. L'indemnité d'office de Me Jean Lob, pour la procédure de deuxième instance, sera arrêtée à 874 fr. 80, comprenant un défraiement de 810 fr. (4h30 apparaissant suffisantes pour l'exécution du mandat) et la TVA sur ces montants par 64 fr. 80 (art. 2 al. 1 RAJ). Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat. Par ces motifs, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,

statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est admis. II. L'ordonnance de mesures provisoires rendue le 13 décembre 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne est réformée à ses chiffres I et II et complétée par un chiffre Ibis comme il suit: I. admet la requête de mesures provisoires déposée le 29 octobre 2012 par O.E.\_\_\_\_\_ II. dit que la pension de 800 fr. (huit cents francs), hors allocations familiales, due par O.E.\_\_\_\_\_ pour l'entretien de sa famille selon chiffre II de la convention ratifiée le 23 août 2012 pour valoir ordonnance de mesures provisoires est réduite à 510 fr. (cinq cent dix francs) dès le 1<sup>er</sup> décembre 2012, ceci aussi longtemps qu'O.E.\_\_\_\_\_ ne percevra que des indemnités journalières perte de gain de 2'750 fr. (deux mille sept cent cinquante francs) par mois. Ibis. dit que la convention ratifiée le 23 août 2012 pour valoir ordonnance de mesures provisoires est maintenue pour le surplus. L'ordonnance est confirmée pour le surplus. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'intimée, sont laissés à la charge de l'Etat. IV. L'indemnité d'office de Me Yvan Guichard, conseil de l'appelant, est fixée à 1'123 fr. 20 (mille cent vingt-trois francs et vingt centimes), TVA et débours compris. V. L'indemnité d'office de Me Jean Lob, conseil de l'intimée, est fixée à 928 fr. 80 (neuf cent vingt-huit francs et huitante 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 mise à la charge de l'Etat. VII. L'intimée B.E.\_\_\_\_\_, née [...], doit verser à l'appelant O.E.\_\_\_\_\_ le montant de 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs) à titre de dépens de deuxième instance. VIII. L'arrêt motivé est exécutoire. La juge déléguée : La greffière : Du 13 février 2013 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 Yvan Guichard (pour O.E.\_\_\_\_\_), ■ Me Jean Lob (pour B.E.\_\_\_\_\_). La juge déléguée 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 : ■ 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.