

VD_FINDINFO HC / 2015 / 690 vom 31. Juli 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-07-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___690

FR: VD_FINDINFO HC / 2015 / 690 du 31 juillet 2015

IT: VD_FINDINFO HC / 2015 / 690 del 31 luglio 2015

Regeste

MESURE PROVISIONNELLE, OBLIGATION D'ENTRETIEN | 176 CC, 179 al. 1 CC

Erwägungen

E. 1.1

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur une cause dont la valeur litigieuse, calculée selon l'art. 92 al. 2 CPC, est supérieure à 10'000 fr., le présent appel est recevable. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]).

E. 2.1

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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* 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 (JT 2011 III 43 c. 2).

E. 2.2

En application de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées: ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils 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 (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317). Les conditions

restrictives posées par l'art. 317 al. 1 CPC pour l'introduction de faits ou de moyens de preuve nouveaux s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43 et références citées). Il n'est cependant pas insoutenable d'appliquer strictement l'art. 317 CPC dans tous les litiges auxquels s'applique la maxime inquisitoire, même concernant des contributions envers les enfants (TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015 c. 3.2.2 ; TF 5A_445/2014 du 28 août 2014 c. 2.2 ; TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 c. 4.2 ; TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 c. 4.1.2). Pour pseudo nova, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015 c. 3.2.2 et les réf. citées). Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire impose l'obligation au juge, et non aux parties, d'énoncer et d'établir les faits déterminants (ATF 128 III 411). Celui-ci 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). La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 130 III 102, c. 2.2 ; Haldy, CPC Commenté, n. 7 ad art. 55 CPC). La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits (ATF 137 III 617 c. 5.2), et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées; par contre, elle peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas instruit l'affaire conformément à cette maxime, grief qui ressortit à la violation du droit (art. 310 let. a CPC; TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012 c. 3.2.1; TF 5A_651/2011 du 26 avril 2012 c. 4.3.2 in fine). En l'espèce, dès lors que le litige porte sur la contribution d'entretien due à l'épouse et deux enfants mineurs, il est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 292 CPC (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., n. 2414 p. 438). L'appelant a produit un bordereau de six pièces à l'appui de son appel. Outre les pièces de forme (pièces 1, 2 et 3), il a produit deux certificats médicaux : l'un (pièce 4) établi le 1^{er} juillet 2015 et l'autre (pièce 5) daté du 1^{er} juin 2015, attestant tous deux d'une incapacité de travail à compter du 29 mai 2015 pour une durée indéterminée. L'appelant a également produit une attestation (pièce 6) délivrée le 30 juin 2015 par sa fiduciaire précisant que son revenu total correspondait au montant figurant dans le compte de pertes et profits sous rubrique « bénéfice net » et qu'il était erroné d'additionner les prélèvements privés au bénéfice net pour déterminer son revenu. Les pièces 4 et 5 sont irrecevables dès lors qu'elles auraient pu être produites en première instance. L'appelant n'a d'ailleurs pas invoqué, et a fortiori pas démontré, que les conditions de l'art. 317 CPC seraient réalisées. Quant à la pièce 6, elle est recevable et il en sera tenu compte dans la mesure de son utilité. L'intimée a, quant à elle, produit un bordereau de sept pièces à l'appui de sa réponse. Outre deux pièces de forme (pièces A et 51), elle a produit une copie de divers tickets de paiement (pièce 52) du 13 novembre 2010 faisant état de sommes entre 20'000 et 50'000 fr. provenant du Bar à café [...], un plan de situation de ce bar (pièce 53), une copie du relevé de compte privé de l'appelant pour l'année 2011 (pièce 54), une copie du compte de l'entreprise de l'appelant pour l'année 2011 (pièce 55), ainsi qu'une copie des bilans et compte de pertes et profits établis par la société [...] Sàrl entre 2008 et 2010 (pièce 56). Dès lors que toutes ces pièces auraient pu

être produites en première instance, elles sont irrecevables. L'intimée n'a en outre pas invoqué, et a fortiori pas démontré, que les conditions de l'art. 317 CPC seraient réalisées.

E. 2.3

L'instance d'appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), notamment lorsqu'elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 316 CPC). En l'occurrence, procédant à une appréciation anticipée des preuves, la Juge de céans a considéré que les réquisitions de l'appelant visant à auditionner un témoin, d'une part, et les réquisitions de l'intimée, tendant à la production, par l'appelant, de différentes pièces, d'autre part, n'étaient pas de nature à apporter des éléments essentiels pour le jugement de la présente cause, qui plus est au stade des mesures provisionnelles. Ces réquisitions sont donc rejetées.

E. 3

Dès lors que l'appelant invoque un changement dans sa situation financière qui justifierait une suppression, voire une réduction importante, de la contribution d'entretien qu'il verse en faveur de l'intimée et de ses deux enfants, il y a lieu d'examiner tout d'abord si les conditions de l'art. 179 CC sont réalisées.

E. 3.1

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, 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, 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_562/2013 du 24 octobre 2013 c. 3.1 ; TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993). 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_811/2012 du 18 février 2013 c.3.2 et réf.). 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_324/2012 du 15 août 2012 c. 5 ; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 c. 4.1 et réf. ; sur le tout : TF 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 c. 2.1 et TF 5A_245/2013 du 24 septembre 2013 c. 3.1). Il appartient à celui qui demande la modification d'apporter la preuve de l'importance et du caractère durable des faits, notamment des revenus, qui auraient changé de manière essentielle et durable; si le

juge s'est fondé sur des circonstances de fait erronées, la modification ne peut pas résulter d'une simple reconsidération des circonstances de l'espèce, mais il faut une erreur qualifiée ou manifeste du juge (TF 5A_423/2009 du 23 octobre 2009). Une modification d'une décision judiciaire portant sur des mesures protectrices de l'union conjugale est exclue lorsqu'une situation de fait a été causée de la propre initiative d'une partie, d'une manière contraire au droit ou abusive (De Luze/Page/Stoudmann, op. cit., n. 1.1 ad art. 179 CC, p. 293 et les réf. citées). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (De Luze/Page/Stoudmann, Code annoté du droit de la famille, Lausanne 2013, n. 1.9 ad art. 179 CC, p. 295 et les réf. citées).

E. 3.2

En l'espèce, l'appelant soutient avoir invoqué en première instance qu'il avait été contraint de mettre un terme à l'exploitation de son activité indépendante en raison du stress lié à celle-ci et que cet élément justifierait une suppression, voire une importante réduction, de la contribution d'entretien mise à sa charge en faveur des siens. Il se fonde à cet égard sur le certificat médical établi le 1^{er} juillet 2015 produit en appel. Force est cependant de constater que l'appelant a expliqué, lors de l'audience de mesures provisionnelles du 28 mai 2015, qu'il avait cessé son activité de parqueteur indépendant, afin d'être moins stressé et pour être en mesure de s'occuper davantage de sa famille. Il n'a, à aucun moment, évoqué des problèmes de santé et n'a du reste produit aucun certificat médical à cet égard en première instance. Par ailleurs, comme l'a relevé le premier juge, les allégations de l'appelant apparaissent pour le moins contradictoires dès lors qu'il prétendait déjà avoir perdu son emploi dans sa requête du 16 novembre 2014, alors qu'il a déclaré, à l'audience du 28 mai 2015, avoir cessé son activité au 20 avril 2015. Quant au certificat médical sur lequel se fonde l'appelant, on ne saurait en tenir compte, dans la mesure où sa production est tardive. Du reste, même si ce document était recevable, le raisonnement ne serait guère différent, dès lors que l'appelant évoque ses problèmes de santé pour la première fois en appel et que l'on ignore, à ce stade, si ces problèmes ne sont que passagers ou s'ils vont perdurer. Cela étant, on rappellera que le moment déterminant pour apprécier si les circonstances ont changé est la date du dépôt de la requête en modification. En l'occurrence, la première requête date du 26 novembre 2014. A cette époque, l'appelant exerçait encore son activité indépendante et sa situation était donc identique à celle qui était la sienne lors de la signature de la convention en mars 2013. La deuxième requête a été déposée le 15 mai 2015. Or il ressort des faits que l'appelant a cessé son activité indépendante le 20 avril 2015, soit moins d'un mois avant le dépôt de la requête. On ne saurait dès lors retenir qu'il existait à ce moment-là un changement durable dans sa situation. En l'état, il y a lieu de considérer que l'incapacité de travail est passagère et que la capacité de gain de l'appelant reste entière. Les conditions de l'art. 179 CC ne sont donc pas réalisées en l'espèce. Au demeurant, le seul fait que l'appelant ait unilatéralement et volontairement décidé de mettre un terme à une activité indépendante qui fonctionnait bien avant même d'avoir retrouvé un nouvel emploi, alors qu'il doit assumer l'entretien de deux enfants mineurs, suffit, au regard de la jurisprudence, pour retenir que les conditions de l'art. 179 CC ne sont pas remplies. Partant, le grief de l'appelant doit être rejeté.

E. 4

Dans la mesure où le premier juge est parvenu au résultat que les conditions de l'art. 179 CC n'étaient pas réalisées – ce qui ne ressort d'ailleurs pas clairement du jugement entrepris mais qui semble être la solution retenue par ce magistrat dès lors qu'il a maintenu la pension qui avait été fixée par prononcé du 27 mars 2012 –, il aurait dû rejeter les requêtes des 26 novembre 2014 et 15 mai 2015, sans procéder à un nouvel examen de la situation financière de l'appelant et, partant, de la question du revenu hypothétique. En l'occurrence, c'est la solution que retient l'autorité de céans. Cela étant, s'il s'avérait que les problèmes de santé de l'appelant devaient perdurer, il conviendrait de revoir la situation et d'examiner à nouveau si les conditions de l'art. 179 CC sont réalisées. Si tel devait être le cas, il n'est pas exclu que l'appelant puisse se voir imputer un revenu hypothétique, lequel devrait, comme il le soutient à juste titre, se fonder uniquement sur les bénéfices nets réalisés, sans tenir compte des prélèvements privés, pour autant que la comptabilité produite soit probante. A cet égard, la jurisprudence admet que ce n'est que lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que les pièces produites ne sont pas convaincantes – comme par ex. lorsque les comptes de résultat manquent –, qu'il convient de se fonder sur le niveau de vie des époux durant la vie commune, les prélèvements privés constituant alors un indice permettant de déterminer ce train de vie (TF 5A_384/2014 du 15 décembre 2014 c. 2.1; TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 c. 3.2.2). Ainsi, la détermination du revenu d'un indépendant peut en conséquence se faire en référence soit au bénéfice net, soit aux prélèvements privés, ces deux critères étant toutefois exclusifs l'un de l'autre: l'on ne peut ainsi conclure que le revenu d'un indépendant est constitué de son bénéfice net, additionné à ses prélèvements privés (TF 5A_544/2014 du 17 septembre 2014 c. 4.1; TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 c.3.2.3; TF 5A_259/2012 du 14 novembre 2012 c. 4.3, SJ 2013 I 451). Partant, le grief de l'appelant relatif au calcul erroné du revenu hypothétique est fondé mais ne rentre en l'occurrence pas en considération ici, dès lors que les conditions de l'art. 179 CC ne sont pas remplies.

E. 5

De même, le grief de l'appelant selon lequel le premier juge aurait dû tenir compte de frais d'acquisition du revenu, tels que les frais de repas, les frais de transport et les frais liés aux recherches d'emploi, n'a pas à être examiné. Quoi qu'il en soit, l'appelant n'a pas démontré l'existence de ces frais, de sorte que le grief devrait de toute manière être rejeté.

E. 6

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelant qui succombe (art. 106 al. 1 TFJC), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). Les requêtes d'assistance judiciaire formées par chacune des parties sont admises, les conditions fixées par l'art. 117 CPC étant remplies. Le bénéfice de l'assistance judiciaire sera octroyé à P. _____ dans la mesure d'une exonération des frais judiciaires et de la désignation d'un défenseur d'office en la personne de Me Valérie Elsner, avocate à Lausanne. P. _____ sera astreint à verser une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} octobre 2015 en mains du Service juridique et législatif du canton de Vaud en application de l'art. 123 CPC (art. 5 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du

E. 7

décembre 2010 ; RSV 211.02.3]). En sa qualité de conseil d'office de l'appelant, Me Valérie Elsner Guignard a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Celle-ci a produit, en date du 30 juillet 2015, une liste d'opérations indiquant 6 heures et 45 minutes de travail consacré à la procédure de deuxième instance, ce qui apparaît correct et justifié. Compte tenu d'un tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a et b RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]), l'indemnité d'office due à Me Elsner Guignard doit ainsi être arrêtée à 1'215 fr. pour ses honoraires, plus 97 fr. 20 de TVA au taux de 8%, soit une indemnité totale de 1'312 fr. 20. Me Sébastien Pedroli, conseil d'office de l'intimée, a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Celui-ci a produit, le 29 juillet 2015, une liste d'opérations et invoque avoir consacré 6 heures et 20 minutes à la procédure de deuxième instance, ce qui apparaît correct et justifié hormis le temps consacré à l'établissement de la liste de frais qui fait partie des frais généraux (CREC 2 octobre 2012/344; CREC 14 novembre 2013/377; CREC 3 septembre 2014/312) et dont il ne sera pas tenu compte. S'agissant des débours, l'avocat indique un montant de 11 fr. 30 qui sera pris en compte. En revanche, pour ce qui est des photocopies, elles sont comprises dans les frais généraux et doivent être exclues des débours (CREC 14 novembre 2013/377). L'indemnité d'office due à Me Pedroli doit ainsi être arrêtée à 1'125 fr. pour ses honoraires, plus 90 fr. de TVA et 12 fr. 20, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 1'227 fr. 20. 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 du conseil d'office mis à la charge de l'Etat. Vu l'issue du litige, il y a lieu de compenser les dépens de deuxième instance (art. 95 al. 3, 106 al. 2 CPC). Par ces motifs, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est admise, Me Valérie Elsner Guignard étant désignée conseil d'office de P. _____ avec effet au 7 juillet 2015 dans la procédure d'appel. IV. La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise, Me Sébastien Pedroli étant désigné conseil d'office de T. _____ avec effet au 28 juillet 2015 dans la procédure d'appel. V. P. _____ est astreint à payer une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs) dès et y compris le 1^{er} octobre 2015, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, à 1014 Lausanne. VI. T. _____ est astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs) dès et y compris le 1^{er} octobre 2015, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, à 1014 Lausanne. VII. L'indemnité d'office de Me Valérie Elsner Guignard, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'312 fr. 20 (mille trois cent douze francs et vingt centimes), TVA et débours compris. VIII. L'indemnité d'office de Me Sébastien Pedroli, conseil de l'intimée, est arrêtée à 1'227 fr. 20 (mille deux cent vingt-sept francs et vingt centimes), TVA et débours compris. IX. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'appelant P. _____, sont laissés à la charge de l'Etat. X. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité au conseil d'office et, pour l'appelant, des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat. XI. Les dépens de deuxième instance sont compensés. XII. L'arrêt est exécutoire. La juge déléguée : La greffière : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : ■ Me Valérie Elsner Guignard (pour P. _____), ■ Me Sébastien Pedroli (pour T. _____). 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 : ■ Mme la Présidente 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.