

# VD\_FINDINFO HC / 2020 / 795 vom 25. November 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-11-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2020\\_\\_\\_795](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2020___795)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 795 du 25 novembre 2020

IT: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 795 del 25 novembre 2020

## Regeste

PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, MODIFICATION DES CIRCONSTANCES, DROIT DE GARDE, TAUX D'OCCUPATION{TRAVAIL}, RÉDUCTION DE L'HORAIRE DE TRAVAIL, INTÉRÊT DE L'ENFANT | 125 al. 3 CC, 159 al. 3 CC, 163 CC, 179 al. 1 CC

## Erwägungen

### E. 1.1

La voie de l'appel est ouverte contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions 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, in JdT 2010 III 115 ss, p. 121), dans les causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. au dernier état des conclusions (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours, de même que pour le dépôt de la réponse (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1989 ; RSV 173.01]). En l'espèce, écrit, motivé (art. 310 CPC), formé en temps utile, auprès de l'autorité compétente, par une partie qui y a intérêt (art. 59 al.

### E. 1.2

Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'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). Selon l'art. 317 al. 2 CPC, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b). L'art. 227 al. 1 CPC prévoit que la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et que l'une des conditions suivantes est remplie : la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a) ou la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b). En l'occurrence, la pièce, produite par l'intimée à l'appui de ses écritures complémentaires du 1<sup>er</sup> septembre 2020, est datée du 25 août 2020. Etant postérieure à la date de reddition de l'ordonnance querellée et antérieure à la clôture de l'instruction de deuxième instance, elle est recevable. En revanche, la conclusion tendant à l'élargissement de l'exercice du droit de visite envers ses deux fils prise par l'intimée dans son écriture du 1<sup>er</sup> septembre 2020 est irrecevable. En effet, cette conclusion est nouvelle et ne présente pas de lien de connexité avec la dernière prétention invoquée. La requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par

l'appelant le 25 mars 2020 ne portait que sur la modification de la contribution d'entretien versée en faveur de l'intimée. Celle-ci, dans sa réponse du 22 mai 2020, a uniquement conclu au rejet des conclusions et à la confirmation de l'arrêt rendu le 4 juin 2018 par la juge déléguée, l'appelant étant toujours astreint à lui verser une contribution d'entretien de 1'940 fr. par mois. De surcroît, même si cette nouvelle conclusion concernant les enfants est régie par la maxime inquisitoire illimitée et celle d'office (cf. infra consid. 2.2), la juge de céans ne pourrait pas statuer sur cette conclusion. N'ayant pas entendu les parties ni le curateur des enfants à ce sujet, elle ne pourrait pas se fonder uniquement sur les pièces figurant au dossier lesquelles ne sont pas suffisantes pour établir à ce jour, même au degré de la vraisemblance, si l'élargissement du droit de visite requis serait dans l'intérêt des enfants.

## **E. 2**

let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. au dernier état des conclusions, l'appel est recevable. Le sont également la réponse et les plaidoiries écrites, déposées dans les délais impartis.

### **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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et réf. cit.) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et réf. cit.).

### **E. 2.2**

Selon l'art. 271 let. a CPC, la procédure sommaire est applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale, sous réserve de l'art. 272, prévoyant que le juge établit les faits d'office, et de l'art. 273 CPC. Selon la jurisprudence, l'art. 272 CPC prévoit une maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, qui n'oblige pas le juge à rechercher lui-même l'état de fait pertinent. La maxime inquisitoire sociale ne dispense en effet pas les parties de collaborer activement à la procédure : il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (TF 5D\_13/2017 du 4 décembre 2017 consid. 4.1). Il n'appartient pas au tribunal de conseiller les parties du point de vue procédural, ni de se transformer en expert (cf. CACI 23 janvier 2014/48 consid. 5b). En revanche, l'art. 296 al. 1 CPC prévoit une maxime inquisitoire illimitée en ce qui concerne les questions relatives aux enfants (TF 5A\_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1, citant l'arrêt TF 5A\_2/2013 du 6 mars 2013 consid. 4.2 et les arrêts cités, publié in : FamPra.ch 2013 p. 769 ; Bohnet, CPra Matrimonial, 2016, nn. 4 et 9 ad art. 272 CPC, ainsi que les auteurs cités, et nn. 28 ss ad art. 276 CPC). Quant à l'objet du litige, le principe de disposition de l'art. 58 al. 1 CPC s'applique en ce qui concerne les questions relatives aux époux. Le juge est lié par les conclusions des parties ; il ne peut accorder à l'une ni plus, ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce que l'autre reconnaît lui devoir (TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3.1). En revanche, en ce qui concerne les

questions relatives aux enfants, l'art. 296 al. 3 CPC impose la maxime d'office (Tappy, Commentaire romand, Code de procédure civile [CR-CPC], 2 e éd. 2019, n. 6 ad art. 272 CPC ; Bohnet, op. cit., nn. 29 s. ad art. 276 CPC ; TF 5A\_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1 ; 5A\_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 4.2 ; Juge délégué CACI 20 février 2015/136 consid. 3). En l'occurrence, la présente cause porte sur la suppression de la contribution due par l'appelant pour l'entretien de l'intimée. Dès lors, la maxime inquisitoire dite sociale ou limitée et la maxime de disposition sont applicables.

### **E. 2.3**

La procédure sommaire étant applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC), le juge se prononce sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A\_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 in limine ; TF 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2). Les exigences de preuves sont ainsi réduites et le juge peut se contenter de la vraisemblance des faits pertinents (TF 4A\_420/2008 du 9 décembre 2008 consid. 2.3 ; ATF 129 II 426 consid. 3).

### **E. 3.1**

L'appelant conteste l'appréciation des faits par le premier juge en ce qui concerne le changement de sa situation professionnelle et, partant, de la diminution de son taux d'activité et de son salaire. Il s'oppose en particulier à l'appréciation suivante du premier juge : « [...] Il y a cependant lieu de souligner que le demandeur a unilatéralement décidé de quitter son emploi, afin de protéger sa santé mentale. [...] C'est par convenance personnelle que le requérant a choisi de changer d'activité et de réduire ainsi son revenu. [...] » L'appelant soutient avoir allégué et prouvé en première instance ne pas être fautif du fait que son employeur ne puisse le rétribuer que sur un 80 % d'activité. Il prétend que l'obliger à travailler à 100 % serait contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 5A\_830/2018 du 21 mai 2019) qui préconise, pour le parent gardien, une activité à 80 % quand le cadet aura atteint l'âge de 16 ans. Selon l'appelant, au vu de cette jurisprudence, il lui serait loisible de travailler seulement à 50 %, dès lors qu'il assume seul la garde des deux enfants âgés respectivement de 14 et 10 ans, ainsi que leur entretien convenable. Par conséquent, travaillant déjà à un taux supérieur à celui exigé par le Tribunal fédéral, l'appelant ne saurait se voir reprocher de ne pas travailler à 100 %. En vertu du principe de l'égalité des sexes, cette jurisprudence serait applicable à l'appelant, qui ne serait pas tenu d'augmenter son taux d'activité. L'appelant soutient percevoir un salaire net de 6'659 fr. 50 versé douze fois l'an, allocations familiales en sus et supporter des charges personnelles de 4'564 fr., ainsi que l'entretien convenable des deux enfants par 3'162 fr., soit 1'680 fr. pour l'aîné et 1'482 fr. pour le cadet. En ajoutant la contribution d'entretien mensuelle de 1'940 fr. versée à son épouse, ses charges mensuelles seraient d'un montant total de 9'666 francs. Subissant un déficit de 3'006 fr. 50, son minimum vital serait largement obéré.

### **E. 3.2**

Pour sa part, l'intimée fait valoir que l'appelant n'aurait pas démontré avoir effectué des recherches de travail à un taux d'activité à 100 %, ce qui indiquerait une faute de sa part de n'être rétribué qu'à 80 %. Elle soutient que le principe de la solidarité matrimoniale s'applique indépendamment de la naissance de son troisième enfant, issu d'une nouvelle union. Elle précise que leur mariage, par sa durée et le fait d'avoir eu deux enfants, a eu un

impact décisif sur sa vie. Son incapacité de travailler actuellement serait la conséquence non seulement d'une longue dépression mais aussi de l'absence d'activité professionnelle imposée par son époux pendant une longue période pour s'occuper des enfants. Elle ajoute notamment qu'à la demande de l'appelant, elle aurait cessé d'exploiter un petit bar-café, qui lui permettait de bien gagner sa vie. Cette absence d'activité professionnelle pendant une quinzaine d'années nécessiterait de sa part une réadaptation au monde professionnel. Elle aurait d'ailleurs démontré sa volonté de se réinsérer professionnellement en ayant suivi des mesures à ce titre. En outre, elle prétend que l'appelant percevrait des revenus supplémentaires composés de la moitié des loyers totaux de 6'400 fr. perçus par sa mère chaque mois. Selon l'intimée, le disponible de l'appelant serait de 2'900 fr., sans tenir compte des revenus locatifs. La contribution d'entretien qu'elle reçoit n'entamerait pas son minimum vital.

#### **E. 4.1**

La contribution d'entretien litigieuse a été rendue dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale qui peuvent être modifiées aux conditions énoncées à l'art. 179 al. 1 CC. Selon cette disposition, 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. 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 (Tappy, CR-CPC, nn. 68 ss ad art. 273 CPC et n. 28 ad art. 276 CPC et réf. ; ATF 143 III 617 consid. 5). Une adaptation du régime initial peut aussi être admise si le juge s'est fondé sur des faits qui se sont révélés faux, ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou si la décision de mesures provisionnelles apparaît plus tard injustifiée faute d'avoir pris en compte des faits importants (Tappy, CR-CPC, n. 69a ad art. 273 CPC et réf. citée : ATF 137 III 604 ; TF 5A\_501/2015 consid. 2 ; 5A\_876/2016 consid. 3.3.1). Ainsi, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent, sans qu'il soit nécessaire que la modification survenue dans ces autres éléments constitue aussi un fait nouveau au sens de l'art. 129 al. 1 CC (TF 5A\_762/2016 du 8 avril 2016 consid. 4.2 ; TF 5A\_515/2015 du 8 mars 2016 consid. 3) et dans le jugement litigieux devant lui. En revanche, le juge ne peut pas pallier les manquements que les parties ont commis lors de la procédure initiale. Il suit de là que le juge n'a pas à prendre des éléments de calcul qui existaient déjà lors de la précédente procédure mais que les parties ont omis de faire valoir (TF 5A\_745/2015 et 5A\_755/2015 du 15 juin 2016 consid. 9.2.3). En effet, lorsque la mesure provisionnelle s'avère injustifiée, la requête en modification ne peut pas venir en aide à une partie qui bénéficiait d'un motif de recours qu'elle n'a pas fait valoir (Tappy, op. cit., n. 69b ad art. 273 CPC et réf. ; ATF 143 III 376). On doit aussi présumer dans une certaine mesure que des faits postérieurs à la première décision, mais qui étaient déjà prévisibles alors, ont été pris en compte (Tappy, ibidem et réf. ; TF 5A\_911/2016 du 28 avril 2017 consid. 3.3.1). En ce qui concerne le fardeau de la preuve, il appartient en principe au créancier de la contribution d'entretien de prouver, au degré requis, la capacité économique du débiteur ; en revanche, le fardeau de la preuve des conditions de la modification de la contribution d'entretien revient à l'époux qui s'en prévaut (TF 5A\_96/2016 du 18 novembre 2016 consid. 3.1 ; Simeoni, CPra Matrimonial, 2016, n. 96 ad art. 129 CC et réf. cit.).

#### **E. 4.2.1**

Pour fixer la contribution d'entretien selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC et lorsque la vie commune n'est plus envisageable, le juge doit modifier la convention choisie par les époux pendant la vie commune selon l'art. 163 al. 2 CC. Le juge doit prendre en considération que lors de la suspension commune, chaque époux a le devoir de participer, selon ses facultés (art. 163 al. 1 CC), aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative (ATF 137 III 385 consid. 3.1). Le principe est que la reprise d'une activité lucrative ne doit pas être imposée de manière inévitable à l'époux ou l'épouse qui avait renoncé à exercer une activité lucrative durant la vie commune et qui peut légitimement s'attendre à pouvoir conserver sa situation antérieure. Le juge doit ainsi tenir compte de l'âge de l'intéressé, de sa qualification professionnelle, de son état de santé et de la prise en charge des enfants, ainsi que d'un délai d'adaptation pour reprendre une activité lucrative (Hohl, Quelques lignes directrices de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation des contributions d'entretien, in : Droit de la famille et nouvelle procédure, 6 e Symposium en droit de la famille Fribourg, 2012, pp. 89 ss, spéc. 92). En revanche, le juge des mesures protectrices ne doit pas procéder à un « mini-divorce » et ne doit pas trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (ATF 137 III 385 consid. 3.1 ; Hohl, op. cit., p. 91). Pour fixer cette contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, revenu qui inclus le treizième salaire (Pichonnaz, CR-CC I, n. 32 ad art. 125 CC et réf. cit.), tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations (ATF 143 III 333 consid. 3.2 ; 137 III 102 consid. 4.2.2.2). Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit déterminer s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée 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 un revenu supérieur en travaillant ; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_724/2018 du 14 mars 2019 consid. 3.2.4 ; 5A\_619/2017 du 14 décembre 2017 consid. 4.2.2.1 ; 5A\_662/2013 du 24 juin 2014 consid. 3.2.2). Ensuite, il doit vérifier 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 (143 III 333 précité consid. 3.2 ; 137 III 102 précité consid. 4.2.2.2).

#### **E. 4.2.2**

Selon la jurisprudence jusqu'ici bien établie du Tribunal fédéral, il ne pouvait en principe être exigé d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants dont il a la garde ait atteint l'âge de 10 ans révolus et de 100% avant qu'il ait atteint l'âge de 16 ans révolus (ATF 137 III 102 précité consid. 4.2.2.2 et réf. cit.). Dans un arrêt de principe ultérieur, le Tribunal fédéral a modifié cette jurisprudence. S'il a confirmé qu'en règle générale, on ne peut exiger d'un parent qu'il exerce une activité lucrative à temps complet avant que l'enfant dont il a la garde ait atteint l'âge de 16 ans

révolus, on est désormais en droit d'attendre de lui, en principe, qu'il commence ou recommence à travailler à 50% dès l'entrée de l'enfant à l'école obligatoire déjà, et à 80% à partir du moment où celui-ci fréquente le degré secondaire (ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 consid. 4.7.6 ; TF 5A\_931/2017 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.1.2). Comme jusqu'à présent, ces lignes directrices ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend du cas concret ; le juge du fait en tient compte dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC ; ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 précité consid. 4.7.9 ; TF 5A\_931/2017 précité consid. 3.1.2). De plus, si les parents faisaient ménage commun, il convient de se fonder sur l'organisation familiale qui prévalait avant la séparation, étant toutefois précisé que, même si le principe de continuité s'applique dans l'intérêt de l'enfant, le modèle de répartition des tâches antérieurement suivi ne peut être perpétué indéfiniment (ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 précité consid. 4.4 – 4.6 ; TF 5A\_931/2017 précité consid. 3.1.2), cela d'autant plus lorsque l'on ne peut plus compter sérieusement sur une reprise de la vie commune (ATF 137 III 385 consid. 3.1 ; Hohl, op. cit., p. 92 et jurisprudence citée). Il convient d'accorder au parent gardien – selon le degré de reprise ou d'étendue de l'activité lucrative, de la marge de manoeuvre financière des parents et d'autres circonstances – un délai qui, dans la mesure du possible, devrait être généreux (ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 précité consid. 4.6 ; TF 5A\_875/2017 du 6 novembre 2018 consid. 4.2.3 ; 5A\_931/2017 précité consid. 3.2.2).

#### **E. 4.3**

A la lecture de la jurisprudence du Tribunal fédéral et en application du principe de l'égalité des sexes, le droit d'un parent qui a la garde des enfants de travailler à un taux réduit et évolutif selon l'âge du plus jeune enfant appartient à la mère et au père. Toutefois, il apparaît aussi que l'exercice de ce droit dépend de l'organisation familiale choisie par les parties pendant leur vie commune, répartition des tâches qui peut toutefois devoir être modifiée après leur séparation. En l'occurrence, pendant la vie commune, les parties avaient choisi que l'appelant contribue à l'entretien de la famille en exerçant une activité professionnelle à 100 % pendant que l'intimée y contribue par les soins voués aux enfants, par son travail à la maison et par une activité accessoire consistant à effectuer le ménage dans l'immeuble de la mère de l'appelant en contrepartie d'une somme mensuelle de 400 francs. Or, à l'audience du 17 août 2017, les parties sont convenues d'assurer, jusqu'au dépôt des conclusions de l'expert relatives à la situation des enfants, alternativement la garde de fait et la prise en charge des deux enfants, l'appelant contribuant à l'entretien de l'intimée par le versement d'une pension de 1'200 fr., en sus des 400 fr. qu'elle percevait pour le ménage accompli dans l'immeuble de sa belle-mère, et assumant l'intégralité des frais effectifs des deux enfants. Puis, à la suite du dépôt de l'expertise établie par le Dr Fornerod sur la situation des enfants, la garde de fait des deux enfants a été attribuée à l'appelant, leur résidence a été fixée à son domicile et une contribution de 860 fr. a été mise à la charge de l'appelant pour l'entretien de l'intimée, ceci par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 novembre 2017. Enfin, dans son arrêt du 4 juin 2018, la juge déléguée a astreint l'appelant à verser une contribution d'entretien de 1'940 fr. à l'intimée mais n'a en rien modifié la garde de fait en faveur de l'appelant sur les deux enfants, ce que l'intimée n'a du reste pas contesté. Par conséquent, au vu de ce qui précède, la répartition des tâches, telle que convenue pendant la vie commune n'est plus déterminante, dès lors que dans l'intérêt des enfants, depuis le 24 novembre 2017, l'appelant assume seul leur garde et contribue seul à leur entretien convenable. En date du 4 juin 2018, lorsque la juge déléguée a rendu sa décision, l'appelant exerçait une activité à

100 % pour un salaire mensuel de 8'108 fr. 90. Cependant, depuis le 13 août 2019, soit postérieurement à l'arrêt du 4 juin 2018, l'appelant a changé d'activité et a perçu un salaire mensuel net de 7'214 fr. 45, treizième salaire inclus, pour une activité exercée à un taux de 80 %. Il existe effectivement un fait nouveau essentiel qui n'était pas prévisible lorsque le juge d'appel a rendu sa décision, prévisibilité que l'intimée ne plaide d'ailleurs pas. Ce nouveau fait est en outre durable, puisque l'appelant perçoit ce salaire réduit depuis le 13 août 2019 déjà, et cela jusqu'à la fin du mois de juillet 2021, selon le premier juge. Il est ainsi difficile de soutenir, comme l'a fait le magistrat, que ce nouveau fait n'est pas durable, au motif que l'appelant serait en mesure de trouver une nouvelle activité à 100 % dès la fin de son contrat de durée déterminée. Au contraire, il ressort du dossier que la famille est soumise à des tensions conflictuelles et qu'à la suite du dépôt de l'expertise établie par le Dr Fornerod, la garde des enfants, âgés de 14 et 10 ans, a été confiée exclusivement à l'appelant, ceci dans l'intérêt des enfants. Quelles que soient les raisons qui ont conduit l'appelant à quitter son emploi à 100 %, on ne saurait exiger de lui qu'il maintienne une activité à temps plein alors qu'il doit assumer la prise en charge quotidienne de ses enfants, sur décision du juge et cela indépendamment des modalités convenues pendant l'union conjugale. Par conséquent, un fait nouveau essentiel et durable doit être admis qui justifie de calculer à nouveau la contribution d'entretien versée en faveur de l'intimée sur la base des éléments retenus dans l'ordonnance querellée et actualisés.

#### **E. 5**

Dès lors que le principe de la solidarité matrimoniale s'applique en vertu de l'art. 163 al. 2 CC, contrairement à ce qu'a plaidé l'appelant (cf. infra consid. 6), il s'impose de calculer la contribution d'entretien de l'intimée en actualisant les éléments retenus à cette fin dans l'ordonnance querellée. L'appelant soutient percevoir un salaire net de 6'659 fr. 50 versé douze fois l'an, allocations familiales en sus, alors que le premier juge a retenu que son nouveau salaire était de 7'214 fr. 45, part au treizième salaire comprise et allocations familiales en sus. Le treizième salaire étant inclus dans les revenus de l'appelant (cf. supra consid. 4.1), il s'impose de retenir un revenu net mensuel de 7'214 fr. 45. Sans détailler ses charges, l'appelant soutient qu'elles totalisent un montant de 4'564 fr. 01, alors que le premier juge a retenu un montant mensuel de 2'768 francs. Vu l'absence de motivation de l'appelant à cet égard, le montant de 2'768 fr. par mois sera retenu. Dès lors que l'appelant n'expose pas les motifs justifiant de retenir les montants de 1'680 fr. pour l'entretien convenable de [...] et de 1'482 fr. pour [...], allocations familiales déduites, en lieu et place des montants retenus par le premier juge, on retiendra les montants de 1'610 fr. 90 pour l'entretien convenable de [...] et de 1'595 fr. 10 pour [...], allocations familiales par 300 fr. déduites. Pour sa part, l'intimée allègue que l'appelant bénéficierait d'autres revenus, lesquels découleraient des locations d'appartements appartenant à sa mère. Toutefois, ce fait n'est pas établi, même au degré de la vraisemblance, aucune pièce n'étant mentionnée ou produite à l'appui. Partant, il n'en sera pas tenu compte. Par conséquent, après avoir déduit de ses revenus ses charges personnelles et les coûts directs des enfants, allocations familiales déduites, l'appelant dispose d'un solde de 1'240 fr. 45 (7'214 fr. 45 – 5'974 fr.) par mois. Sans porter atteinte à son minimum vital, il est en mesure de contribuer à l'entretien de B.J. \_\_\_\_\_ par le versement mensuel d'une pension de 1'200 fr., cela sans effet rétroactif. Outre la diminution du salaire, l'appelant n'établit pas les motifs qui justifieraient de modifier la contribution d'entretien avec effet rétroactif au premier janvier 2020, cela d'autant plus qu'il a déposé sa requête en modification seulement six mois et demi après la réduction de son salaire (TF 5A\_263/2020 du 6 juillet 2020 consid. 3.3.3).

Enfin, il n'y a pas lieu d'examiner si un revenu hypothétique peut ou doit être imputé à l'intimée, dès lors que l'appelant n'a pas motivé ce grief ni en fait ni en droit, de même qu'il n'a pas démontré en quoi l'argumentation du premier juge serait erronée à ce sujet. Toutefois, comme l'a relevé le premier juge, il pourrait être exigé, à court terme, que l'intimée subviene à ses propres besoins. A cet égard, elle a reconnu, dans sa réponse du 1<sup>er</sup> août 2020, qu'elle devrait retrouver une activité professionnelle d'ici le printemps prochain. Il appartiendra dès lors à l'appelant d'agir en modification de la contribution d'entretien dès que l'intimée exercera une activité professionnelle et en percevra des revenus.

### **E. 6.1**

L'appelant reproche au premier juge de vouloir lui faire assumer les conséquences financières de l'inconduite de son épouse, lorsqu'il refuse de lui imputer un revenu hypothétique au motif qu'elle vient d'accoucher de son troisième enfant. Selon l'appelant, le premier juge a appliqué le principe de la solidarité matrimoniale prévu à l'art. 163 CC de manière erronée, voire choquante. En effet, il serait reproché à un père, qui a la garde complète de ses deux enfants, de ne pas travailler assez et en plus, de vouloir lui faire assumer les coûts de « l'existence parallèle de deux ménages ». Il invoque de surcroît la violation de l'art. 159 al. 3 CC et, par surabondance, de l'art. 125 al. 3 ch. 2 CC.

### **E. 6.2**

Aux termes de l'art. 159 al. 3 CC, les époux se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance. Les devoirs de fidélité et d'assistance ne peuvent que difficilement se différencier et doivent être compris dans le devoir général de respect, de loyauté et d'égard entre les époux (Burgat, Droit matrimonial Fond et Procédure [ci-après : CPra Matrimonial], 2016, n. 13 ad art. 159 CC et réf. cit.). Littéralement, ce devoir présente également une composante sexuelle, qui n'a en réalité aucune portée juridique aujourd'hui. En effet, la violation de l'obligation de fidélité par un conjoint n'implique aucune sanction juridique ni sur le plan pénal ni sur le plan civil (Burgat, *ibidem*). Le devoir d'assistance se définit comme un devoir de soutien moral et matériel des conjoints l'un envers l'autre. Un tel soutien ne peut toutefois aller au-delà de ce que l'époux est apte à faire et que l'on peut raisonnablement attendre de sa part. Un conjoint ne peut être tenu de fournir une assistance qui l'exposerait à un danger grave pour sa santé physique ou psychique (Leuba, Commentaire romand, Code Civil I, Art. 1-359 CC [ci-après : CR-CC I], éd. 2010, nn. 9 à 11 ad art. 159 CC et réf. cit.). Le soutien matériel est consacré aux art. 163 ss CC relatifs à l'entretien de la famille. Le principe de la solidarité matrimoniale prévu à l'art. 163 CC implique que ce soutien puisse s'exprimer à travers la contribution apportée par l'époux en argent, en travaillant au foyer ou en aidant le conjoint, dont la personnalité serait menacée, en raison de difficultés professionnelles par exemple, ou de problèmes de santé (Burgat, CPra Matrimonial, n. 14 ad art. 159 CC ; Leuba, CR-CC I, n.9 à 11 ad art. 159 CC et réf. cit.). L'art. 125 CC est la clause générale qui règle les conditions de l'entretien entre conjoints après divorce, norme qui confère au juge un large pouvoir d'appréciation. L'alinéa 1 fixe les principes généraux du droit d'un conjoint à l'obtention d'une contribution d'entretien, selon lesquels l'époux qui ne peut subvenir à son entretien convenable a le droit d'obtenir une contribution équitable ; l'alinéa 2 énonce les critères déterminants pour en fixer le montant et la durée ; et l'alinéa 3 établit les exceptions à l'octroi d'une telle contribution quand bien même le créancier en remplirait les conditions (Simeoni, CPr Matrimonial, n. 1 ad art. 125 CC). Toutefois, cette règle n'a pas de portée pour les procédures antérieures au divorce, telles

que les mesures protectrices (Simeoni, CPPr Matrimonial, n. 3 ad art. 125 CC), même si le Tribunal fédéral a considéré, lorsque l'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise d'une vie commune, que les critères applicables à l'entretien après divorce doivent être pris en compte pour fixer la contribution d'entretien – étant précisé que le fondement de l'obligation demeure l'art. 163 CC (ATF 138 III 97, JdT 2012 II 479 consid. 2.1 et 2.2) et, en particulier, pour examiner la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un des époux (ATF 128 III 65, JdT 2002 I 459 consid. 4). A cet égard, il n'est pas arbitraire d'accorder à l'épouse un délai convenable ( i. c. 4 mois) pour reprendre son activité lucrative après la naissance d'un enfant adultérin (ATF 129 III 417, JdT 2004 I 115 consid. 2.2 ; Braconi/Carron/Gauron-Carlin, Code civil suisse et Codes des obligations annotés, 11 e éd. 2020, al. 1 ch. 1 ad art. 176 CC p. 127 et réf. cit.). D'ailleurs, selon l'art. 125 al. 3 CC, le conjoint créancier de l'entretien doit avoir volontairement créé la situation de nécessité. Tel pourrait être le cas lorsqu'il renonce à exercer une activité professionnelle alors qu'on pourrait raisonnablement exiger de lui qu'il travaille, bien que la seule recherche peu active d'un travail ne suffise pas pour refuser l'octroi d'une contribution (Simeoni, CPra Matrimonial, n. 127 ad art. 125 CC et réf. cit.).

### **E. 6.3**

En l'espèce, la suppression de la contribution d'entretien versée à l'intimée n'est justifiée ni en application de l'art. 125 al. 3 ch. 2 CC ni de l'art. 159 al. 3 CC. Non seulement il est rendu vraisemblable que l'intimée a eu un enfant avec un tiers alors qu'elle vivait déjà séparée de son époux depuis plus d'une année et demi – son congé maternité prenant fin en automne 2020 –, et ceci pour une durée indéterminée, mais, aussi, un tel événement n'a pas d'incidence juridique pour l'intimée sous l'angle de la solidarité matrimoniale prévalant dans le cadre de la protection de l'union conjugale. Quant à l'art. 125 CC, il n'est pas applicable en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Au demeurant, le seul fait allégué par l'appelant d'avoir eu un enfant avec un tiers ne suffit pas à démontrer, même au degré de la vraisemblance, que l'intimée aurait délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle elle se trouve. Au contraire, il ressort de l'attestation délivrée le 24 août 2020 qu'elle a suivi, du 1<sup>er</sup> octobre 2019 au 31 mars 2020, des mesures de soutien à l'insertion professionnelle pour les personnes ayant subi de la violence familiale. Au vu de cette attestation et de l'expertise établissant des tensions conflictuelles au sein de la famille, il est rendu vraisemblable que l'intimée aurait souffert d'une dépression entre 2017 et 2019 et que cette dépression serait à l'origine de son incapacité de travail jusqu'en 2019. Egalement, au vu de cette attestation, il est rendu vraisemblable qu'elle a pris des mesures pour poursuivre les démarches nécessaires à retrouver du travail, ayant notamment trouvé une solution de garde pour son enfant. De surcroît, l'appelant ne démontre pas que le versement d'une contribution d'entretien en faveur de son épouse l'exposerait à un danger grave pour sa santé physique ou psychique. Par conséquent, il ne se justifie pas de supprimer la contribution d'entretien allouée à l'intimée pour ses propres charges, laquelle doit lui être versée selon le principe de la solidarité matrimoniale qui découle de l'art. 163 al. 2 CC.

### **E. 7.1**

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance querellée doit être réformée en ce sens que l'appelant versera à l'intimée une contribution d'entretien de 1'200 fr., dès et y compris le 1<sup>er</sup> avril 2020.

### **E. 7.2**

Vue l'issue du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]) et supportés à raison de 200 fr. (1/3) par A.J. \_\_\_\_\_ et de 400 fr. (2/3) par B.J. \_\_\_\_\_, seront laissés provisoirement à la charge de l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire octroyée aux deux parties.

### **E. 7.3**

Le conseil d'office de l'appelant, Me Elisabeth Santschi, indique avoir consacré 7,57 heures à ce dossier. Toutefois, le poste « ouverture et bouclage du dossier » n'a pas à figurer dans une liste d'assistance judiciaire (Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 3.12.5 ad art. 122 CPC et réf. cit., JdT 2017 III 59). Partant, il se justifie de réduire le nombre d'heures indiquées à 7,50 heures. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAI [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), l'indemnité de Me Santschi doit être fixée à 1'350 francs. Quant aux débours, l'art. 3bis RAJ prévoit, à son alinéa 1, que les débours du conseil commis d'office sont fixés forfaitairement à 2% du défraiement hors taxe en deuxième instance judiciaire et, à son alinéa 2, que les frais de photocopies, d'acheminement postal et de télécommunication entrent dans les débours forfaitaires. Par conséquent, ces frais tels qu'annoncés par Me Santschi à hauteur de 52 fr. 85 ne seront retenus qu'à raison de 27 fr., aucune circonstance exceptionnelle ne justifiant d'allouer des débours à un montant supérieur, Me Santschi n'ayant d'ailleurs pas produit de liste détaillée, accompagnée de pièces, conformément à l'art. 3bis al. 4 RAJ. L'indemnité d'office totale allouée à Me Santschi est ainsi de 1'483 fr., TVA de 7,7 % et débours compris  $([1'350 \text{ fr.} + 27 \text{ fr.}] \times 7,7 \%)$ .

### **E. 7.4**

Le conseil d'office de l'intimée, Me François Gillard, indique avoir consacré 4,5 heures à ce dossier. Vu la difficulté de la cause, il se justifie de tenir compte du nombre d'heures annoncées. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Gillard doit être fixée à 810 francs. Quant aux débours, ils seront arrêtés à 16 fr. 20 en application de l'art. 3bis al. 1 et al. 2 RAJ, aucune circonstance exceptionnelle ne justifiant d'allouer des débours à un montant supérieur, Me Gillard n'ayant d'ailleurs pas produit de liste détaillée, accompagnée de pièces, conformément à l'art. 3bis al. 4 RAJ. L'indemnité d'office totale allouée à Me Gillard est ainsi de 890 fr., montant arrondi, TVA de 7,7 % et débours compris  $([810 \text{ fr.} + 16 \text{ fr.} 20] \times 7,7 \%)$ .

### **E. 7.5**

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 de leur conseil d'office, mis à la charge de l'Etat.

### **E. 7.6**

Vu l'issue du litige, l'appelante doit verser à l'intimé la somme de 296 fr. à titre de dépens réduits de deuxième instance  $(2/3 - 1/3 = 1/3 \text{ de } 890 \text{ fr. [pleins dépens]})$ . Par ces motifs, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile prononce : I. L'appel est partiellement admis. II. L'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 juillet 2020 est réformée de la manière suivante : « I. A.J. \_\_\_\_\_ versera à B.J. \_\_\_\_\_ une contribution

d'entretien de 1'200 fr. (mille deux cents francs) par mois dès et y compris le 1<sup>er</sup> avril 2020. » Le surplus est maintenu. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) et mis à la charge de l'appelant A.J. \_\_\_\_\_ par 200 fr. (deux cents francs) et de l'intimée B.J. \_\_\_\_\_ par 400 fr. (quatre cents francs), sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat. IV. L'indemnité d'office allouée à Me Elisabeth Santschi est fixée à 1'483 fr. (mille quatre cent huitante trois francs), TVA et débours compris. V. L'indemnité d'office allouée à Me François Gilliard est fixée à 890 fr. (huit cent nonante franc), TVA et débours compris. VI. B.J. \_\_\_\_\_ versera la somme de 296 fr. (deux cent nonante-six francs) à A.J. \_\_\_\_\_ à titre de dépens de deuxième instance. VII. 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 de leur conseil d'office, mis à la charge de l'Etat. VIII. L'arrêt est exécutoire. La juge déléguée : La greffière : Du Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à : ■ Me Elisabeth Santschi, av.(pour A.J. \_\_\_\_\_), ■ Me François Gilliard, av. (pour B.J. \_\_\_\_\_), et communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. La Juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est d'au moins 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), le 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.