

## **VD\_GERICHTE TD12.043358 vom 1. März 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-03-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_TD12.043358](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_TD12.043358)

FR: VD\_GERICHTE TD12.043358 du 1 mars 2013

IT: VD\_GERICHTE TD12.043358 del 1 marzo 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

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; Tappy, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, JT 2010 III 115, pp. 136-137). 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 et les réf. citées). La jurisprudence de la Cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.). En l'espèce, la maxime d'office n'est pas applicable puisque le litige porte uniquement sur la pension due au conjoint, les enfants du couple étant majeurs. L'appelant a joint un bordereau de huit pièces à son mémoire d'appel. Outre la décision attaquée, l'enveloppe ayant contenu cette dernière et une copie de la procuration (pièces 1-3), il a produit une décision de la Justice de paix du district de Lausanne du 21 janvier 2013 attribuant l'autorité parentale conjointe sur l'enfant [...] (pièce 4). Cette pièce est recevable puisqu'elle est postérieure à l'audience du 12 décembre 2012. En revanche, le "Barème Accueil préscolaire" (pièce 5), non daté, et les documents relatifs aux primes d'assurance-maladie de l'appelant, de sa concubine et de leur fille (pièces 6 – 8), datés du mois d'octobre 2012, sont irrecevables dès lors que l'appelant ne démontre pas pourquoi il aurait été empêché de les produire auparavant.

- 9 -

#### **E. 4**

Tout d'abord, l'appelant reproche au premier juge d'avoir indirectement considéré que le principe de la solidarité entre époux prévalait sur celui du "clean break" et de l'avoir en conséquence contraint de verser une contribution d'entretien d'un montant important en faveur de son épouse. Il fait valoir que la séparation remonte à plus de trois ans et qu'on ne peut plus compter avec une reprise de la vie commune. Il estime en outre que le revenu hypothétique de 1'500 fr. retenu en première instance est trop bas et que l'on doit exiger de son épouse qu'elle assume l'entier de son entretien. a/aa) Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC – applicable par analogie lorsque le juge ordonne des mesures provisionnelles dans un procès en divorce (art. 276 al. 1 CC) –, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Il doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (art. 163 al. 2 CC). L'art. 163 CC demeure en effet la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux (ATF 130 III

537 c. 3.2). Le juge doit ensuite prendre en considération que, en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, à savoir l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Il se peut donc que, à la suite de cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée dans l'ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC; ATF 137 III 385 c. 3.1.; TF 5A\_301/2011 du 1er décembre 2011 c. 5.1; TF 5A\_475/2011 du 12 décembre 2011 c. 4.1). La prise en considération de ces critères ne signifie cependant pas que le juge des mesures provisionnelles puisse 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. Ainsi, il ne saurait refuser

- 10 - à un conjoint une contribution au seul motif que le mariage n'a pas eu d'impact sur la vie de ce dernier (ATF 137 III 385 c. 3.1.; TF 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.1., in FamPra.ch 2011 no 67 p. 993; TF 5A\_591/2011 du 7 décembre 2011 c. 4.1.1. et réf.; TF 5A\_522/2011 du 18 janvier 2012 c. 4.1.). Le principe du clean break ne joue par conséquent aucun rôle dans le cadre des mesures provisionnelles (TF 5A\_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.3). bb) Vu la jurisprudence qui précède, c'est à tort que l'appelant se prévaut du principe du clean-break. b/aa) Après le dépôt d'une demande de divorce, une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable et l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires (ATF 130 III 537 c. 3.2). Dans ces conditions, un conjoint peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, in Basler Kommentar, 3e éd., n. 10 ad art. 137 CC). Dans chaque cas concret, il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle prenne une activité lucrative, ou augmente celle qu'elle exerce déjà, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, cas échéant, du temps plus ou moins long durant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle (ATF 128 III 4 c. 4c/cc; ATF 114 II 13 c. 5, ATF 114 II 301 c. 3a). Il existe une présomption

- 11 - de fait selon laquelle il est déraisonnable d'exiger la reprise d'une activité lucrative au-delà de l'âge de 45 ans, mais cette limite d'âge ne doit pas être considérée comme une règle stricte (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2 et réf.). D'ailleurs, selon la jurisprudence récente, cette limite d'âge tend à être augmentée à 50 ans (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2 et réf.). bb) En l'espèce, l'intimée, qui est âgée de plus de 50 ans, n'est au bénéfice d'aucune formation professionnelle, maîtrise mal le français et n'a pas travaillé durant les vingt années de vie commune, ce mode de vie étant le choix commun des époux. Dans ces conditions, on ne

saurait exiger de sa part la reprise d'une activité lucrative à plein temps. Ainsi, le revenu hypothétique de 1'500 fr. retenu par le premier juge – et qui n'a pas été remis en cause par l'intéressée - apparaît adéquat et est au surplus conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. TF 5A\_388/2010 du 29 septembre 2010 c. 2, FamPra.ch. 2011 no 8, p. 203 : cas d'une personne de 48 ans dans un contexte migratoire, sans formation professionnelle et sans activité lucrative depuis 18 ans). Mal fondé, le moyen de l'appelant est rejeté.

## E. 5

L'appelant conteste ensuite son minimum vital tel qu'arrêté par le premier juge. a/aa) Il soutient en premier lieu que les frais d'entretien de sa concubine auraient dû être retenus dans ses charges incompressibles dès lors que celle-ci n'est pas autorisée à travailler et s'occupe de leur fille [...]. De ce fait, un montant de base de 1'700 fr. correspondant à celui d'un couple, ainsi que la prime d'assurance-maladie de sa compagne, auraient dû être comptabilisés dans ses charges. Subsidiairement, il fait valoir que si l'on ne tient pas compte des frais d'entretien de sa concubine, l'on doit considérer sa situation comme celle d'un débiteur monoparental et retenir un montant de base de 1'350 fr., ainsi que des frais de garde pour [...] qu'il évalue à 601 francs.

- 12 - bb) Pour toutes les catégories d'entretien du droit de la famille, il faut toujours laisser au débiteur au moins le minimum vital selon le droit des poursuites (ATF 126 III 353 c. 1a/aa, JT 2002 I 162; ATF 135 III 66 c. 2, JT 2010 I 167). Cette jurisprudence doit être explicitée en ce sens que le débiteur ne peut prétendre à la protection du minimum vital que pour sa propre personne. Il n'est donc protégé qu'à concurrence du montant du minimum vital du droit des poursuites qui le concerne seul (ATF 137 III 59 c. 4.2.1., JT 2011 II 359) Pour calculer le minimum vital du droit des poursuites, ce qui est déterminant, selon les cas, c'est le minimum vital d'un débiteur vivant seul, ou d'un débiteur élevant seul sa progéniture, ou encore celui d'un débiteur marié, ou bien vivant en partenariat enregistré ou en couple avec des enfants. Toutefois, dans les trois derniers cas cités, seule la moitié du montant de base doit être prise en compte (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359). Au montant de base, il faut ajouter les suppléments usuels en droit de la poursuite pour dettes, pour autant qu'ils ne soient relevant que pour le débiteur de l'entretien. En font partie notamment les coûts du logement, les dépenses professionnelles incontournables, ainsi que les coûts de son assurance maladie et – en cas d'activité professionnelle indépendante – de sa prévoyance vieillesse (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359). Lorsque le débiteur vit en concubinage, la jurisprudence admet que la contribution d'entretien peut être déterminée en tenant compte du fait que le concubin du débiteur prend en charge la moitié des frais communs, en particulier de logement, même si cette participation est en réalité moindre (ATF 128 III 159, JT 2002 I 58; TF 5A\_625/2007 du 26 mars 2008 c. 2.3; TF 5P.463/2003 du 20 février 2004 c. 3.2; TF 5P.90/2002 du 1er juillet 2002 c. 2b aa, publié in FamPra 2002 p. 813). Selon une jurisprudence plus récente, c'est la capacité économique du concubin ou du nouvel époux – réelle ou hypothétique – qui détermine la participation

- 13 - de celui-ci aux frais de logement (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359; CACI 17 avril 2012/172). Les autres prestations que le débiteur d'entretien effectue en faveur d'une nouvelle compagne, telles que la prise en charge des frais d'assurance maladie, ne peuvent pas être incluses dans le calcul de ses charges dès lors qu'il n'existe pas d'obligation légale entre concubins (TF 5C.232/2005 du 10 février 2005 c. 3.3. et réf. citées). cc) Comme l'a retenu le premier juge, les frais d'entretien propres à sa compagne, en particulier ses frais d'assurance-maladie, ne doivent pas être retenus dans les charges de l'appelant. Si l'on peut

s'écarter de la répartition 1/2 - 1/2 en ce qui concerne les frais communs (loyer, entretien de l'enfant), il découle de l'arrêt 137 III 59 (c. 4.2.2.) que la répartition du montant de base par moitié est absolue et résulte du seul fait que les charges de base du débiteur sont inférieures en raison de la vie commune. Ainsi, le montant de base de l'appelant, qui vit avec sa compagne, correspond à la moitié de montant de base d'un couple, à savoir 850 fr. (1'700 fr. /2). Dans ces conditions, il ne saurait se plaindre du montant de 1'200 fr., retenu en première instance, qui lui est favorable. Quant aux frais de garde allégués par l'appelant, il n'y pas lieu d'en tenir compte dès lors qu'ils ne les établit pas et qu'ils n'existent pas, puisque c'est précisément sa compagne, mère de l'enfant, qui s'occupe de [...]. On observera encore que, sauf accord des parties, les assurances non obligatoires ne sont pas prises en compte (ATF 134 III 323 c. 3). b/aa) Dans un deuxième temps, l'appelant reproche au premier juge de ne pas avoir retenu le montant de 1'500 fr. qu'il avait fait valoir à titre de loyer. Il soutient que son déménagement est imminent et

- 14 - indispensable, dès lors qu'il vit actuellement dans un logement d'une pièce avec sa compagne et sa fille [...]. bb) Les frais de logement dont il faut tenir compte sont en principe les frais de logement effectifs (Bastons Buletti, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 2007 II 85), même s'ils sont bas et que la personne recherche un appartement dont le loyer est susceptible d'être plus élevé, une modification de la contribution, au cas où un logement convenable devait être trouvé, étant réservée (CACI 21 juin 2012/289/ c. 3.3; CACI du 11 octobre 2011/294 c. 3c/aa). cc) C'est ainsi à juste titre que le premier juge a tenu compte du loyer actuel de l'appelant, d'autant que ce dernier vit avec sa concubine et leur fille dans l'appartement actuel depuis le mois de juillet 2011 et qu'il n'a aucunement démontré l'imminence d'un déménagement. c) Vu ce qui précède, les griefs de l'appelant relatifs à l'établissement de son minimum vital doivent être rejetés.

## **E. 6**

a) L'appelant conteste également le minimum vital de l'intimée en se référant au prononcé de mesures protectrices rendu le 18 août 2010 qui retient que son fils aîné C.U.\_\_\_\_\_ vit au domicile de sa mère et participe aux frais du ménage en versant mensuellement 600 francs. Il soutient que l'intimée n'a pas démontré le contraire et qu'il faut "partir du principe que son fils aîné – voire ses autres enfants au bénéfice de revenus certes peu élevés – peuvent participer au loyer et à d'autres charges". b) Si le débiteur de l'entretien occupe son logement avec son conjoint ou avec d'autres personnes adultes (ici deux enfants majeurs), il ne faut inclure dans son minimum vital qu'une fraction convenable de l'ensemble des coûts de logement calculés en fonction de la capacité – réelle ou hypothétique – des personnes qui partagent son logement. Si le conjoint ou le compagnon n'a aucune capacité économique, on tiendra

- 15 - compte dans les charges du débiteur de l'entier des frais de logement (CACI 14 décembre 2012/579 c. 5b bb; cf. également supra c. 5a). c) En l'espèce, le premier juge a considéré que les revenus des enfants D.U.\_\_\_\_\_ et E.U.\_\_\_\_\_, qui sont en réalité des bourses et des allocations de formation, étaient minimes, ce que l'appelant admet par ailleurs expressément dans son mémoire d'appel (p. 6). On ne saurait donc retenir qu'ils sont en mesure de s'acquitter d'une partie du loyer de l'appartement. Quant au fils aîné C.U.\_\_\_\_\_, il a été retenu qu'il ne vivait plus avec sa mère. Or, l'appelant se borne à alléguer le contraire sans établir ce fait, ni même le rendre vraisemblable. En particulier, on ne saurait retenir que C.U.\_\_\_\_\_ vit toujours chez l'intimée en se fondant sur l'état de fait retenu dans le prononcé du 18 août 2010, qui date de plus de deux ans. Il est pas ailleurs

plus que probable que C.U. \_\_\_\_\_, qui était déjà indépendant à cette période, ait quitté le domicile familial dans l'intervalle. Infondé, le moyen de l'appelant doit être rejeté.

#### **E. 7**

a) L'appelant soutient enfin que la pension aurait dû être modifiée avec effet rétroactif au 1er novembre 2011, soit une année avant le dépôt de sa requête. Il fait valoir qu'il s'est acquitté de tous les frais d'entretien de [...] depuis sa naissance le 4 juillet 2011. Il relève en outre qu'il n'est pas en mesure de rembourser les pensions, qu'il n'a plus payées en raison du jugement de divorce macédonien, et que le paiement du rétroactif le plongerait dans une situation financière catastrophique. En revanche, l'admission de la rétroactivité ne mettrait pas l'intimée dans une situation difficile puisqu'elle ne serait pas tenue de rembourser les avances versées en trop par le BRAPA, qu'elle a reçues de bonne foi. b) La modification de mesures provisionnelles prend en règle générale effet au moment de la requête. Lorsque le motif pour lequel la modification est demandée se trouve déjà réalisé à ce moment-là, il ne se

- 16 - justifie normalement pas, du point de vue de l'équité, de faire remonter l'effet de la modification à un autre moment. En effet, le créancier de la contribution doit tenir compte d'un risque de réduction ou de suppression dès l'ouverture de la requête. Selon les circonstances, le juge peut retenir, en usant de son pouvoir d'appréciation, une date postérieure au dépôt de la requête, par exemple le jour du jugement, notamment lorsque la restitution des contributions accordées et utilisées pendant la durée de la procédure ne peut équitablement être exigée. Cette dernière situation suppose que le créancier, sur la base d'indices objectivement sérieux, ait pu compter pendant la durée de la procédure avec le maintien du jugement d'origine. A l'inverse, le juge peut aussi, dans des circonstances très exceptionnelles, retenir une date antérieure au dépôt de la requête (TF 5A\_894/2010 du 15 avril 2011 c. 6.2., in RSPC 2011 p. 315). c) En l'espèce, l'appelant ne se prévaut d'aucune circonstance exceptionnelle permettant de justifier une modification de la contribution à une date antérieure au dépôt de la requête. S'il voulait obtenir une diminution de la pension effective dès la naissance de [...], il lui appartenait de déposer une requête à ce moment-là. Peu importe que le divorce des parties ait été prononcé en juillet 2011 en Macédoine; l'appelant devait envisager que ce jugement ne soit pas reconnu en Suisse et prendre toutes les précautions utiles, ce qu'il n'a pas fait. Dans ces circonstances, il est sans pertinence que l'intimée ne soit éventuellement pas tenue de rembourser les contributions d'entretien au BRAPA. Mal fondé, le moyen de l'appelant doit être rejeté.

#### **E. 8**

En conclusion, l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée. Vu l'octroi à l'appelant de l'assistance judiciaire (cf. infra c. 9), les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. art. 65 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat.

- 17 - Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

#### **E. 9**

Compte tenu de la situation financière de l'appelant et du fait que l'appel n'était pas dépourvu d'emblée de toute chance de succès, il y a lieu d'admettre sa requête d'assistance

judiciaire, Me Sylvie Cossy, étant désignée conseil d'office. Le conseil d'office de l'appelant a déposé, le 27 février 2013, une liste des opérations dont il ressort qu'il a consacré cinq heures et dix minutes à la procédure d'appel, ce qui apparaît justifié vu l'ampleur du litige et le travail accompli. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 1004 fr. 40, TVA comprise. S'agissant des débours, le conseil de l'appelant fait valoir un montant de 74 fr. 55, TVA comprise, qu'il convient d'admettre (art. 3 RAJ). L'indemnité d'office du conseil de l'appelant peut ainsi être fixée à 1'079 francs. Dans la mesure de l'art. 123 CPC, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son 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, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée.

- 18 - III. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant [...] est admise, Me Sylvie Cossy étant désignée comme conseil d'office pour la procédure d'appel. IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat. V. L'indemnité d'office de Me Sylvie Cossy, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'079 fr. (mille septante-neuf francs), TVA et débours compris. VI. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu, 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. VII. L'arrêt motivé est exécutoire. La juge déléguée : Le greffier : Du 4 mars 2013 Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés. Le greffier :

- 19 - 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 Sylvie Cossy (pour A.U. \_\_\_\_\_), - Me Antoine Eigenmann (pour B.U. \_\_\_\_\_). 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).

- 20 - Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : - Mme la Présidente de Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Le greffier :

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