

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 18 décembre 2017

---

Composition : Mme KÜHNLEIN, juge déléguée  
Greffière : Mme Boryszewski

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 CC et 317 CPC**

Statuant sur l'appel interjeté par **M.**\_\_\_\_\_, à Echallens, requérant, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 2 novembre 2017 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **X.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, intimée, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 2 novembre 2017, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a autorisé les époux M. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective est intervenue le 1<sup>er</sup> février 2016 (I), a attribué la jouissance du logement conjugal, sis [...], à [...], à X. \_\_\_\_\_, à charge pour elle d'en assumer seule le loyer et les charges (II), a astreint M. \_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de son épouse X. \_\_\_\_\_, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2017, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'025 fr., payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de cette dernière (III), a rejeté toute autre ou plus ample conclusion (IV) et a déclaré l'ordonnance, rendue sans frais, immédiatement exécutoire, nonobstant appel (V).

En droit, le premier juge a en substance retenu que, s'agissant de la contribution d'entretien en faveur de X. \_\_\_\_\_, les revenus déterminants de M. \_\_\_\_\_ s'élevaient 5'936 fr. 50 net par mois, part au treizième salaire comprise, et que ses charges incompressibles pouvaient être estimées à 4'575 fr. 85, laissant ainsi un disponible de 1'360 fr. 65. Quant aux revenus déterminants de X. \_\_\_\_\_, il a retenu qu'ils s'élevaient à 1'800 fr. par mois et ses charges incompressibles à 2'491 fr. 75, laissant ainsi apparaître un déficit de 691 fr. 75. Après avoir couvert le manco de cette dernière, le premier juge a réparti par moitié le disponible restant du couple (668.90/2), pour enfin arrêter la contribution d'entretien de M. \_\_\_\_\_ en faveur de son épouse à 1'026 fr. 20 (691.75 + [668.90/2]), ce dès le 1<sup>er</sup> octobre 2017.

**B.** Par acte du 13 novembre 2017, M. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme, en ce sens qu'il ne soit astreint au paiement d'aucune contribution d'entretien. Il a également requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

**C.** La juge délégué retient les faits pertinents suivants sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

**1.** M. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_, tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés le [...] 2008 à [...] (Portugal).

Aucun enfant n'est issu de cette union.

**2.** En proie à des difficultés conjugales, M. \_\_\_\_\_ a quitté le domicile conjugal en février 2016, afin de s'installer avec sa nouvelle compagne, [...], et le fils de celle-ci, [...], né en 2009, dans un appartement de trois pièces et demies à [...]. De leur relation est issu un enfant, [...], né le [...].

X. \_\_\_\_\_ est restée au domicile conjugal, sis route du [...].

**3.** M. \_\_\_\_\_ a déposé, le 26 septembre 2017, une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, au pied de laquelle il a pris, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« I. Les époux M. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_ sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation est effective depuis le 1<sup>er</sup> février 2016.

II. La jouissance du logement conjugal, sis Route du [...], est attribuée à X. \_\_\_\_\_, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges.

III. Le bail de l'appartement conjugal sis à la Route du [...], est transféré au seul nom de X. \_\_\_\_\_, ordre étant donné à la gérance de procéder à la modification du contrat de bail à loyer. ».

Par réponse du 18 octobre 2017, X. \_\_\_\_\_ a pris, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« I. Le rejet des conclusions prises par le requérant M. \_\_\_\_\_ au pied de sa requête du 26 septembre 2017.

II. Les époux M. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_ sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée depuis le dépôt de cette écriture.

III. Le requérant M. \_\_\_\_\_ est reconnu débiteur et doit immédiat paiement de la somme mensuelle de CHF 1'928.30 pour une durée indéterminée et ce dès février 2016.

IV. Le bail de l'appartement conjugal sis à la Route du [...], est conservé au nom de l'époux M. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_ pour une durée indéterminée. ».

Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 octobre 2017, M. \_\_\_\_\_ a retiré la conclusion III de sa requête. En outre, l'intimée a confirmé que la séparation est intervenue en février 2016.

**4.** La situation financière des parties est la suivante :

**4.1** Le requérant travaille auprès de [...] SA et réalise un salaire mensuel net 5'480 fr., versé treize fois l'an, soit un salaire annualisé de 5'936 fr. 50 [(5'480 x 13) / 12].

Les charges mensuelles du requérant peuvent être arrêtées comme suit :

- Base mensuelle selon normes OPF	Fr.	850.00
- Loyer	Fr.	1'500.00
- Prime d'assurance-maladie obligatoire	Fr.	381.05
- Prime d'assurance-maladie complémentaire	Fr.	36.10
- Assistance judiciaire	Fr.	100.00
- Frais de garde pour l'enfant [...]	Fr.	500.00
- Place de parc	Fr.	70.00
- Leasing	Fr.	570.25
- <u>Impôts</u>	Fr.	<u>568.45</u>
Total :	Fr.	4'575.85

Les charges précitées appellent les commentaires suivants :

- Le requérant vivant en concubinage, il y a lieu de fixer le montant de sa base mensuelle à la moitié du montant de base prévu pour un couple marié, soit à (1'700 fr. / 2 =) 850 fr. (ATF 130 III 765 consid. 2) ;

- Seul un montant de 1'500 fr. doit être retenu pour le loyer, lequel s'élève à 2'190 fr. par mois, dans la mesure où la concubine du requérant réalise un salaire mensuel net de 2'800 fr., lui permettant de participer aux frais du ménage.

**4.2** L'intimée cumule plusieurs activités professionnelles. Elle travaille en qualité d'auxiliaire de nettoyage auprès de [...] SA et réalise un salaire mensuel net moyen de 725 francs. Elle garde également les enfants du frère du requérant, pour un salaire mensuel net d'environ 800 francs. Enfin, coiffeuse de formation, elle exerce cette activité pour un revenu net d'environ 200 francs. L'intimée a déclaré, lors de l'audience du 23 octobre 2017, qu'il fallait tenir compte d'un revenu mensuel net de 1'800 fr., dans la mesure où les montants retenus ci-dessus étaient approximatifs.

Les charges mensuelles de l'intimée peuvent être établies de la manière suivante :

- Base mensuelle selon normes OPF	Fr.	1'200.00
- Loyer	Fr.	1'050.00
- Prime d'assurance-maladie obligatoire	Fr.	169.75
- Abonnement TL	Fr.	72.00
- Impôts	Fr.	21.90
Total :	Fr.	2'513.65

**En droit :**

**1.**

**1.1** L'appel est recevable 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 JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, op. cit., JT 2010 III 126). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 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 (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.021]).

**1.2** Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur une cause de nature provisionnelle dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.** 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. 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 consid. 2 et les réf. cit.).

### **3.**

**3.1** L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives (Mathys, in Baker & McKenzie [édit.], Handkommentar ZPO, 2010, n. 5 ad art. 317 CPC).

S'agissant des vrais *nova* (echte Noven), soit les faits qui se sont produits après le jugement de première instance - ou plus précisément après les débats principaux de première instance (art. 229 al. 1 CPC) -, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée (TF 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1 et les réf. cit. ; Tappy, Les voies de droit du nouveau code de procédure civile, in JT 2010 III p. 115 ss, spéc. p. 139). En ce qui concerne les *pseudo nova* (unechte Noven), soit ceux qui existaient déjà en première instance, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la 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 (ATF 143 III 42 consid. 4.1 ; TF 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1 ; TF 5A\_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2 ; TF 5A\_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1).

**3.2** En l'espèce, l'appelant a produit trois pièces nouvelles dans le cadre de la procédure d'appel, soit des extraits du calculateur individuel de salaires 2014 de l'Office fédéral de la statistique pour une activité à 100 % de garde d'enfant, nettoyeuse et coiffeuse.

Ces pièces nouvelles sont des *pseudo nova*. L'appelant ne fournit ni explication ni justification quant à la tardiveté de l'invocation de

ces éléments qui sont antérieurs à l'audience de première instance. Ces trois pièces sont par conséquent irrecevables.

Il en va de même en ce qui concerne les mesures d'instruction requises par l'appelant, à savoir l'audition de quatre personnes en qualité de témoin, l'appelant ne démontrant pas avoir été empêché de requérir les moyens de preuve nouveaux devant la juridiction précédente. Ces derniers sont de toute manière irrelevants, vu l'issue du litige.

#### **4.**

**4.1** L'appelant conteste tout d'abord le fait de devoir servir une pension à son épouse. Il allègue que les parties vivent séparées depuis le mois de février 2016 et que le lien entre elles serait irrémédiablement rompu. Il en déduit que le premier juge aurait dû faire application du principe du « clean break » et dénier à l'intimée tout droit à une contribution d'entretien, sous peine d'abus de droit.

**4.2** A teneur de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), à la requête d'un des conjoints, et si la suspension de la vie commune est fondée, 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. Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, ce que le juge du fait doit constater, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux en mesures protectrices de l'union conjugale, comme il l'est aussi en mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce (ATF 130 III 537 consid. 3.2). Aux termes de cette disposition, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1) ; ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution [...] (al. 2) ; ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Pour fixer la contribution d'entretien selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge 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. Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, soit 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, suite à 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) pour statuer sur la contribution d'entretien et, en particulier, sur la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (cf. aussi TF 5A\_122/2011 du 9 juin 2011 consid. 4). En revanche, ni le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, ni celui des mesures provisionnelles ne doit 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). Le principe du clean break ne joue par conséquent aucun rôle dans le cadre des mesures provisionnelles ou des mesures protectrices (TF 5A\_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.5.2.2) et le Tribunal fédéral a jugé que l'application par les juges cantonaux de cette jurisprudence constante ne saurait être qualifiée d'insoutenable (TF 5A\_908/2015 du 21 avril 2016 consid. 8). Ainsi, en cas de vie séparée (mesures protectrices de l'union conjugale ou mesures provisoires), le devoir d'entretien est toujours fondé sur l'art. 163 CC et ce, même en l'absence de toute possibilité de reprise de la vie commune.

**4.3** En l'espèce, conformément à la jurisprudence constante précitée en matière de mesures protectrices de l'union conjugale et mesures provisionnelles, il n'y a pas lieu d'appliquer ce principe à ce stade. L'argument consistant à dire que le fait que l'intimée n'ait pas demandé de contribution d'entretien, avant la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, démontrerait qu'elle savait devoir être indépendante financièrement est sans consistance, dès lors que l'appelant ne peut pas tirer bénéfice du fait de ne pas avoir rempli ses obligations conjugales

pendant 20 mois. L'inaction de l'intimée s'explique vraisemblablement uniquement par le fait qu'elle n'était pas au courant de ses droits avant que la procédure ne soit initiée et qu'un avocat ne soit à ses côtés.

Le moyen est mal fondé.

## **5.**

**5.1** L'appelant conteste ensuite la quotité du salaire de l'intimée telle que retenue par le premier juge. Il allègue que dans l'hypothèse où le principe même du versement d'une contribution d'entretien en faveur de l'intimée serait reconnu, les revenus de cette dernière seraient plus élevés que ceux retenus et qu'étant totalement indépendante financièrement, le versement d'une contribution d'entretien entre époux devrait être exclu. A l'appui de ses allégations, il requiert l'audition de cinq témoins et produit trois pièces.

**5.2** Le premier juge a retenu que l'intimée cumulait plusieurs activités. En premier lieu, elle travaillait en qualité d'auxiliaire de nettoyage auprès de [...] SA et réalisait, à ce titre, un salaire mensuel net moyen de 725 francs. En outre, elle gardait les enfants du frère du requérant, pour un salaire mensuel net d'environ 800 francs. Coiffeuse de formation, elle exerçait également cette activité pour un revenu net d'environ 200 francs. Il a encore retenu que l'intimée a déclaré, lors de l'audience du 23 octobre 2017, qu'il fallait tenir compte d'un revenu mensuel net de 1'800 fr., dans la mesure où les montants retenus ci-dessus étaient approximatifs.

**5.3** En l'espèce, l'appelant a allégué en première instance que l'intimée était indépendante financièrement (all. 10), en offrant la preuve par « interrogatoire des parties ». Comme mentionné précédemment (cf. supra consid. 3.2), l'appelant ne peut pas, en deuxième instance, faire le détail des diverses activités de l'intimée et contester ce que le premier juge a retenu après interrogatoire de celle-ci en requérant l'audition de

témoins et en produisant des nouvelles pièces sans fournir d'explications ni justifications quant à la tardiveté de l'invocation de ces éléments.

Les réquisitions ayant été rejetées, le moyen est mal fondé.

## **6.**

**6.1** Enfin, l'appelante demande, à titre subsidiaire, qu'un revenu hypothétique soit imputé à l'intimée.

**6.2** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et – cumulativement (ATF 137 III 118 consid. 2.3, JT 2011 II 486) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 consid. 4a ; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1, publié in SJ 2011 I 177 ; TF 5A\_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3).

**6.3** Dans le cas d'espèce, il n'a pas été allégué en première instance que l'intimée serait en mesure de réaliser un revenu supérieur. Si on retient qu'elle réalise un revenu de 1'800 fr. en cumulant trois activités distinctes, il est difficile d'admettre qu'elle pourrait, en faisant preuve de bonne volonté, augmenter son revenu. Quoiqu'il en soit, si on doit considérer que l'intimée doit faire un effort pour retrouver plus d'indépendance financière, cas échéant en se concentrant, à plein temps dans une seule des activités, cela semble prématuré, l'intimée devant bénéficier d'un délai à cette fin pour trouver un emploi mieux rémunéré.

**7.** L'appel doit dès lors être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

L'appel étant dépourvu de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire de l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC) et 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]), mis à la charge de celui-ci, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimée n'ayant pas été invitée à déposer une réponse.

Par ces motifs,  
la Juge déléguée  
de la Cour d'appel civile  
prononce :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant M.\_\_\_\_\_.

**V. 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 Yan Schumacher pour M. \_\_\_\_\_,
- Me Alain Imhof pour X. \_\_\_\_\_,

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure 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), 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 :