

**JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 18 avril 2011

---

Présidence de M. P E L L E T , juge délégué  
Greffier : Mme Bourckholzer

\* \* \* \* \*

**Art. 176 al. 1 ch. 1, 273 ss CC ; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **F.\_\_\_\_\_F.\_\_\_\_\_**, à [...], contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 19 janvier 2011 par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **P.\_\_\_\_\_**, à [...], le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 janvier 2011, notifié aux parties le lendemain, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a autorisé les époux F.\_\_\_\_\_ et P.\_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), attribué la jouissance du domicile conjugal sis rue [...], à [...], à l'épouse (II), confié la garde des enfants mineurs A.J.\_\_\_\_\_, B.J.\_\_\_\_\_ et C.J.\_\_\_\_\_ à leur mère (III), limité l'exercice du droit de visite accordé à F.\_\_\_\_\_ sur les trois enfants (IV), chargé le Service de protection de la jeunesse (SPJ) d'une enquête en limitation de l'autorité parentale (VII), astreint F.\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable le premier de chaque mois, en mains de l'épouse, d'un montant de 1'840 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1<sup>er</sup> août 2010 (VIII), et statué sans frais ni dépens (IX).

En droit, le premier juge a fixé la contribution d'entretien précitée sur la base des revenus et charges des parties. Pour l'épouse, il a retenu qu'ayant la charge de trois enfants de moins de 10 ans, elle n'était pas en mesure de travailler et de subvenir aux besoins de la famille. Tenant compte mensuellement d'un loyer de 1'480 fr., d'une quote-part aux primes d'assurance-maladie de 12 fr. et d'un montant minimum d'existence de 2'400 fr. (1'200 fr. plus [400 fr. x 3]), déterminé selon les lignes directrices de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009, il a retenu que les charges mensuelles de l'épouse s'élevaient à un montant total de 3'892 fr. Pour l'époux, qui exploite, en raison individuelle, une entreprise de plâtrerie-peinture depuis le début de l'année 2010, il a considéré qu'il ne pouvait déterminer ses revenus, relevant qu'au lieu d'avoir produit la comptabilité - même intermédiaire - de l'entreprise, l'intéressé n'avait fourni qu'un extrait du compte bancaire de celle-ci, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 septembre 2010. Notant cependant que, selon le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 24 mars 2009, l'intéressé avait travaillé comme peintre, en 2009, pour un salaire mensuel net de l'ordre

de 5'226 fr., il a estimé sa capacité de gain à 4'800 fr. net par mois, abstraction faite du treizième salaire. Par ailleurs, il a retenu que l'époux, sans fortune, vit actuellement chez son frère, qu'il lui verse 1'000 fr. de loyer par mois, qu'il a, mensuellement, pour 217 fr. de frais alimentaires et 393 fr. 40 de primes d'assurance-maladie et que, compte tenu d'un minimum d'existence de 1'350 fr., déterminé selon les lignes directrices précitées, incluant les frais de téléphone professionnels, il a des charges pour un montant total de 2'960 fr. 40, ce qui lui laisse un disponible de 1'839 fr. 60 par mois. L'épouse n'ayant aucun revenu, il a par conséquent fixé la contribution, à verser par l'époux pour l'entretien de la famille, au montant de 1'840 fr.

**B.** Par acte du 31 janvier 2011, F.\_\_\_\_\_ a fait appel de ce prononcé et conclu, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il n'est pas astreint au paiement de la contribution d'entretien.

Par lettre du 10 février 2011, le juge délégué de la Cour d'appel civile a, en application des art. 161, 163, 164, 165, 166 et 167 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), imparti à F.\_\_\_\_\_ un délai au 21 février 2011 pour qu'il produise toutes pièces de nature à établir sa situation financière.

Par pli du 18 février 2011, F.\_\_\_\_\_ a déposé un extrait du compte de l'entreprise n° [...], pour la période du 4 janvier au 31 décembre 2010 ainsi qu'un certificat d'assurance 2011.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé, complété par les pièces du dossier :

**1.** P.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ se sont mariés le 21 juillet 2004. Trois enfants sont issus de leur union, savoir A.J.\_\_\_\_\_, née le 19 octobre 2005, B.J.\_\_\_\_\_, née le 5 mars 2007, et C.J.\_\_\_\_\_, né le 9 juin 2009.

Depuis 2008, la situation familiale des parties, qui est très délicate en raison, notamment, de la violence de l'époux, a nécessité la mise en œuvre de nombreuses mesures protectrices de l'union conjugale et d'extrême urgence.

Au mois d'août 2010, le SPJ a finalement demandé, afin de permettre à l'épouse d'échapper à la brutalité de son conjoint, qu'elle puisse se rendre, avec les enfants, au Foyer de Malley Prairie, à Lausanne. Il la soutient dans ses démarches administratives, en particulier en ce qui concerne la séparation d'avec l'époux, la constatation des violences conjugales subies, les visites chez les médecins, la recherche d'un travail, etc.

Par requête du 11 août 2010, P.\_\_\_\_\_ a requis, par voie d'extrême urgence et par voies de mesures protectrices de l'union conjugale, de pouvoir vivre séparée de son époux pour une durée indéterminée (I), de se voir attribuer la jouissance du domicile conjugal, à charge pour elle d'en payer le loyer (II), de voir confier la garde des enfants au SPJ, un droit de visite lui étant accordé (V) et, par voie de mesures protectrices de l'union conjugale, d'obtenir que l'époux lui verse, pour l'entretien de la famille, une contribution mensuelle à fixer à dire de justice, à compter du 1<sup>er</sup> août 2010, allocations familiales en sus (X).

Le président du tribunal d'arrondissement a fait droit aux conclusions I à V de la requête d'extrême urgence, le même jour.

Le 6 octobre 2010, F.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la requête, reconventionnellement, à ce qu'il puisse vivre séparé de son épouse pour une durée indéterminée (II), à ce que la jouissance du domicile conjugal soit attribuée à celle-ci, à charge pour elle d'en acquitter le loyer et les charges (III), à ce que la garde des enfants soit confiée à la mère, le mandat du SPJ étant maintenu en l'état (IV), à ce qu'il puisse disposer d'un libre et large droit de visite, à fixer d'entente avec l'épouse, à défaut, qu'il puisse disposer d'un droit de visite organisé selon les modalités usuelles (V), à ce qu'il contribue à

l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une contribution mensuelle, à fixer à dire de justice (VI).

A la suite d'un rapport du SPJ du 24 août 2010 indiquant que la mère s'occupait très bien des enfants, le président du tribunal d'arrondissement a, par voie de mesures d'extrême urgence du 30 août 2010, relevé le SPJ du mandat de garde qu'il lui avait confié sur les trois enfants et restitué le droit de garde à la mère, tout en demandant au SPJ de procéder à une enquête en limitation de l'autorité parentale (II).

**2.** La situation matérielle des parties est par ailleurs la suivante :

**a)** L'épouse et les trois enfants résident au Centre d'accueil Malley Prairie, à Lausanne, depuis le 29 janvier 2010. L'épouse est actuellement à la recherche d'un emploi et bénéficie de l'aide sociale. Elle s'acquitte mensuellement d'un loyer de 1'480 fr. et d'une quote-part des primes d'assurance-maladie, qui sont en grande partie payées par les services sociaux, d'un montant de 12 fr.

**b)** L'époux exploite en raison individuelle une entreprise de plâtrerie et peinture, domiciliée à [...], qui est inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud depuis le 4 février 2010. Comme seul justificatif des revenus qu'il tire de son activité d'indépendant, il a produit, en première instance, un extrait d'un compte bancaire de l'entreprise, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 septembre 2010, mentionnant un solde positif de 16'658 fr. 95.

Selon le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 24 mars 2009, l'époux a par ailleurs travaillé en qualité de peintre salarié pour la société [...] Sàrl, à [...], en 2009, pour un salaire mensuel net de 5'226 fr., treizième salaire compris.

Il vit actuellement chez son frère, lui verse un loyer mensuel de 1'000 fr., dit avoir pour 350 fr. de frais de repas, pris hors de son domicile, et 570 fr. de frais de téléphone professionnels.

## **En droit :**

**1.** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121). Les ordonnances de mesures protectrices 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). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

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, op. cit., JT 2010 III 138). 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2è éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., no 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., JT 2010 III 139), à tout le

moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438).

**3.** L'appelant conteste pouvoir contribuer à l'entretien des siens, soutenant que son activité d'indépendant, qu'il vient de commencer, ne lui permet pas d'obtenir des revenus comparables à ceux qu'il réalisait en tant que salarié.

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Dans la mesure où des enfants sont concernés, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC), notamment au regard des art. 276 al. 1 et 2 et 285 al. 1 CC (TF 5A\_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.1 et réf. citées). Le revenu effectif du débiteur est l'un des critères à prendre en considération lorsque l'on veut fixer le montant de la contribution.

En l'espèce, comme justificatif de ses revenus, l'appelant a produit en première instance un extrait du compte bancaire de son entreprise, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 septembre 2010. Comme le premier juge l'a constaté, ce document est insuffisant pour déterminer les revenus réels que l'appelant tire de son activité d'indépendant.

En deuxième instance, par courrier du 10 février 2011, le Juge délégué de la cour de céans a invité l'intéressé à lui faire parvenir toutes pièces propres à établir sa situation financière.

Dans le délai imparti, l'appelant n'a fourni en tout et pour tout qu'un nouvel extrait du compte bancaire de l'entreprise, établi jusqu'au 31 décembre 2010.

Ce document, certes recevable, puisqu'il fait suite à la demande de production de pièces du juge délégué, ne permet cependant pas plus que le précédent de déterminer les gains que l'appelant réalise

dans le cadre de son activité. Il révèle simplement que celui-ci effectue parfois des versements directement au guichet de la banque et qu'il reçoit aussi des versements de tiers, crédités sur le compte. Ses revenus ne transitent donc pas systématiquement par le compte, dont les relevés ont été produits.

Or, puisqu'il conteste la décision de première instance, précisément sur la question de la contribution d'entretien, il appartenait à l'appelant de fournir toutes pièces propres à permettre de déterminer sa réelle capacité contributive. Ne l'ayant pas fait, conformément à l'art. 160 al.1 CPC, il échoue à démontrer qu'il n'aurait pas de capacité contributive.

**4.** Cela étant, on doit constater que, même si l'on admettait que le revenu effectif de l'appelant est inférieur à celui que le premier juge a retenu, le raisonnement suivi par ce magistrat pour déterminer le revenu hypothétique litigieux doit être approuvé.

Selon la jurisprudence en effet, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur. Toutefois, il peut s'écarter de celui-ci et retenir un revenu hypothétique supérieur, si une capacité de gain correspondante est réalisable et qu'elle peut être raisonnablement exigée du débiteur (TF 5A\_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les réf. citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé du débiteur et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A\_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit; en revanche,

savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb; 126 III 10, JT 2000 I 121 c. 2b; TF 5A\_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2. et réf.).

En l'espèce, l'appelant a exercé la profession de peintre salarié en 2009. Il percevait alors un revenu mensuel net de 5'226 fr. Depuis qu'il exerce en qualité d'indépendant, ses revenus sont vraisemblablement inférieurs à ceux qu'il réalisait auparavant. Toutefois, l'appelant, qui était déjà astreint, en tant que salarié, à contribuer à l'entretien de sa famille, ne pouvait ignorer qu'en faisant le choix de quitter un poste de salarié pour prendre une activité d'indépendant, il ne pourrait peut-être plus faire face à ses obligations familiales dans la même proportion qu'auparavant. Au reste, son choix de s'orienter vers une activité d'indépendant a vraisemblablement été motivé par le fait que, lorsqu'il était salarié, son employeur était tenu, selon prononcé du premier juge du 24 avril 2009, de retirer d'office de son salaire le montant de la contribution d'entretien pour le verser directement sur le compte de l'épouse. En optant pour une activité d'indépendant, l'appelant a donc voulu éviter une retenue de salaire. Par conséquent, l'on doit considérer que, par ailleurs jeune et en bonne santé, l'appelant est en mesure de réaliser les gains qu'il percevait auparavant et qu'il peut donc contribuer à l'entretien de sa famille dans la proportion fixée par le premier juge.

L'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et le prononcé confirmé.

**5.** Les frais de justice de deuxième instance à la charge de l'appelant sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC).

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
  
- II.** Le prononcé est confirmé.
  
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant F.\_\_\_\_\_.
  
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 18 avril 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit  
aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Benoît Morzier (pour F. \_\_\_\_\_),
- Me Mélanie Freymond (pour P. \_\_\_\_\_).

La Cour d'appel 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 elisabedes art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :