

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 2 mars 2011

Présidence de M. DENYS, président
Juges : M. Sauterel et Mme Charif Feller
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 138 al. 1, 286 al. 2 CC; 92, 376 al. 2, 455 al. 2 CPC-VD

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **M. _____**, à Mezières, défenderesse, contre le jugement rendu le 11 novembre 2010 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec , à Châtel-St-Denis, demandeur.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par jugement et ordonnance de mesures provisionnelles du 11 novembre 2010, notifié aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que les chiffres IV et VI de la convention sur les effets du divorce ratifiée dans le jugement de divorce du 9 octobre 2003 étaient modifiés comme suit :

"IV.- nouveau: Dès le 1^{er} mai 2010, L. _____ doit contribuer à l'entretien de chacun des enfants [...], née le [...] 1996, [...], né le [...] 1996, [...], né le [...] 1999 et [...], né le [...] 2001, par le versement de pensions mensuelles s'élevant, allocations familiales en sus, à Fr. 580.- (cinq cent huitante francs) par enfant jusqu'à l'âge de quinze ans révolus et à Fr. 630.- (six cent trente francs) dès lors et jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'indépendance économique, mais au plus tard jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus, l'art. 277 al. 2 CC étant réservé.

VI.- nouveau: La contribution d'entretien fixée au chiffre IV nouveau sera indexée à l'indice suisse des prix à la consommation le 1^{er} janvier de chaque année, sur la base de l'indice au 30 novembre précédent, la première fois le 1^{er} janvier 2012, l'indice de base étant celui du mois durant lequel le jugement sera définitif et exécutoire, pour autant que les revenus d'L. _____ soient indexés, à charge pour lui de prouver que tel ne serait pas le cas."

dit qu'M. _____ était la débitrice d'L. _____ de la somme de 1'720 fr. à titre de dépens TVA en sus sur 1320 fr. (II), arrêté les frais et émoluments du Tribunal à 400 fr. à la charge d'L. _____ (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, dont il ressort ce qui suit :

1. Par jugement rendu le 9 octobre 2003, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est-vaudois a prononcé le divorce des époux L._____, demandeur dans la présente procédure, et M._____, aujourd'hui M._____, défenderesse. Au chiffre II du dispositif de ce jugement, il a ratifié une convention signée par les parties les 17 et 30 juin 2003, qui prévoyait notamment qu'L._____ contribuerait à l'entretien de ses enfants [...], née le [...] 1996, [...], né le [...] 1996, [...], né le [...] 1999, et [...], né le [...] 2001, par le versement de pensions mensuelles indexées s'élevant à Fr. 950.- par enfant jusqu'à l'âge de dix ans, Fr. 1'050.- dès lors et jusqu'à l'âge de treize ans, et Fr. 1'200.- dès cet âge et jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'indépendance économique, mais au plus tard jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus, l'art. 277 al. 2 CC étant réservé.

Ce jugement indique qu'à l'époque, L._____ travaillait pour le compte de la [...]. Au mois de février 2003, il avait réalisé un salaire net de Fr. 7'499.90.

M._____ n'avait pas d'activité professionnelle.

2. Le 15 février 2008, le demandeur s'est marié avec [...]. De cette union est née [...] le [...] 2008.

Le demandeur travaille toujours à la [...]. Alors qu'il était gérant de la succursale de [...] à l'époque du divorce, il a changé d'affectation en 2006 pour devenir téléconseiller. Ce n'était selon lui pas une régression de son statut. Par ailleurs, son taux d'activité est désormais de 80 %. Selon son bulletin de salaire du mois de novembre 2009, il perçoit un salaire net de Fr. 7'056.-, versé treize fois l'an, montant qui comprend Fr. 200.- d'allocations familiales et Fr. 1'510.- d'allocations pour enfants, Fr. 96.- de frais de repas et Fr. 30.- d'indemnité de transport. Le certificat pour la déclaration d'impôt 2009 mentionne un salaire net de Fr. 99'866.-, montant qui comprend un

bonus de
Fr. 7'000.- et des actions d'une valeur fiscale de Fr. 2'960.-.

L'épouse du demandeur est occupée à 40 % à la Commune de [...]. Elle perçoit un salaire mensuel net de Fr. 2'477.60, allocations familiales de Fr. 56.- comprises, versé treize fois l'an. Cela représente, rapporté sur douze mois et sans tenir compte des allocations familiales, Fr. 2'623.40 mensuellement.

Le demandeur a produit un budget 2010 concernant son nouveau couple, faisant état d'un loyer, charges comprises, de Fr. 1'900.-, Fr. 378.- d'assurances-maladie, Fr. 72.- d'électricité, Fr. 35.- d'assurance-ménage + RC, Fr. 14.- de Billag, Fr. 487.- d'impôts, Fr. 1'280.- de frais de déplacement, Fr. 404.- de frais professionnels, Fr. 60.- de l'Office de la circulation et de la navigation, Fr. 135.- d'assurance voiture et moto, Fr. 220.- de frais de téléphone et internet, ainsi que Fr. 280.- de frais de garde de l'enfant.

3. La défenderesse s'est également remariée avec le chirurgien [...], en 2007.

Elle travaille actuellement en qualité de secrétaire médicale pour le compte de son mari pour un salaire brut mensuel de Fr. 4'500.-.

Le bénéfice du cabinet médical du docteur [...] s'est monté à Fr. 218'874.72 en 2008 et Fr. 203'289,69 en 2009. L'intéressé a perçu en outre des indemnités perte de gain de Fr. 37'447.15 en 2008 et de Fr. 126'053.55 en 2009. Entendu comme témoin le 20 juillet 2010, [...], directeur de la fiduciaire qui s'occupe des comptes du docteur [...], a déclaré que l'intéressé diminuait progressivement son activité. La défenderesse a précisé que le bail du cabinet de [...] prendrait fin dans une année et demi.

4. [...], qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, a ouvert action en modification de jugement de divorce par demande du 30 avril 2010, concluant, avec suite de frais et dépens et en bref, à ce que la contribution en faveur de chacun de ses enfants soit réduite à Fr. 550.-.

Par courrier du même jour, il a pris cette même conclusion à titre de mesures provisionnelles.

Par réponse du 8 juillet 2010, la défenderesse a conclu tant à titre provisionnel qu'au fond au rejet des conclusions du demandeur.

En droit, le premier juge a considéré qu'il ne saurait être reproché au demandeur d'avoir réorienté sa carrière professionnelle et que seule la naissance d'un cinquième enfant justifiait de revoir la situation. Se référant aux normes usuelles, avec préservation du minimum vital élargi, il a considéré que le demandeur devait consacrer un peu plus du 35 % de ses revenus à ses cinq enfants, ce qui représentait 580 fr. par mois et par enfant, montant indexé et augmenté de 50 fr. lorsque les enfants auraient atteint l'âge de quinze ans révolus. Il a par ailleurs déclaré que sa décision valait ordonnance de mesures provisionnelles, qui prenait effet dès le 1^{er} mai 2010, début du mois le plus proche du dépôt de la demande et de la requête. Il a enfin estimé que le demandeur obtenait en très grande partie gain de cause et avait dès lors droit à de pleins dépens arrêtés à 1'720 fr., TVA en sus sur 1'320 francs.

B. L'état de fait du jugement est complété sur la base des pièces au dossier comme il suit :

- L. _____ est né le [...] 1967. M. _____ est née le [...] 1967 (pièce 2 du bordereau du demandeur du 30 avril 2010);

- Il ressort du certificat de salaire pour l'année 2003 (pièce requise 150) qu'L. _____ a réalisé, pour une activité à 100 %, un revenu brut de 117'748 fr., allocations familiales (11'760 fr.) et part du treizième salaire compris, soit après déductions légales (14'432 fr.), un revenu net

mensualisé de 7'574 fr. 50 auquel il convient d'ajouter les allocations familiales de 980 fr. par mois.

- Il ressort du calcul estimatif de l'impôt sous réserve de modification des éléments imposables (pièce du demandeur non numérotée) qu'L._____ a réalisé en 2009 un salaire net de 99'866 francs.

- Selon bulletin de salaire de novembre 2009 (pièce 4 du bordereau du demandeur du 30 avril 2010), L._____ a perçu pour ce mois un salaire net comprenant les allocations familiales (1'710 fr.) de 7'056 fr. 05.

- Selon bulletins de salaires des mois de janvier à juin 2010 (produits sous pièces requises 152), le salaire mensuel net d'L._____, pour une activité à 80 %, est de 7'056 fr., qui comprend les allocations familiales (1'710 fr.), une contribution aux frais de repas (96 fr.) et de transport (30 fr.). Le bulletin du mois de mars 2010 fait état du versement d'un bonus de 7'000 francs; celui du mois de mai mentionne le versement d'actions à hauteur de 2'159 fr. 60. Ces deux derniers montants s'entendent bruts.

- Il ressort des pièces 150, 151 et 152 requises par le premier juge que les bonus et actions ont été régulièrement servis au demandeur entre 2003 et 2010.

- De la pièce 5 du bordereau du demandeur du 30 avril 2010, il ressort que l'épouse d'L._____ travaille à 40% pour un salaire net mensualisé de 2'622 fr, allocations familiales de 56 fr. en sus.

- Selon pièce 151 requise par le premier juge, il apparaît que l'activité accessoire de L._____ s'est traduite par une perte de 8'056 fr. en 2008 et de 7'064 fr. en 2009.

- Il ressort d'un courrier de la BCV (Ressources humaines) adressé au premier juge le 19 juillet 2010, qu'L._____ a occupé un poste de conseiller à la clientèle auprès de l'agence de Chexbres entre 2000 et 2003, puis de responsable de l'agence de Chexbres entre 2003 et 2006 et

enfin de téléconseiller, chef de groupe auprès du centre de conseil par téléphone dès 2006.

C. Par acte de recours du 22 novembre 2010, M. _____ a conclu, en substance, avec suite de frais et dépens tant de première que de seconde instance, à la nullité de l'ordonnance de mesures provisionnelles (II), à la réforme du jugement en ce sens que les chiffres IV et VI de la convention ratifiée par le jugement de divorce du 9 octobre 2003 ne sont pas modifiés (III), subsidiairement à la modification du chiffre IV nouveau en ce sens qu'L. _____ doit contribuer à l'entretien de chacun de ses quatre enfants par le versement d'une pension mensuelle indexée, allocations familiales en sus, de 800 fr. par enfant jusqu'à l'âge de quinze ans révolus et de 900 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou l'indépendance économique, mais au plus tard jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus, l'art. 277 al. 2 CC étant réservé (IV), à la réforme du chiffre II en ce sens qu'M. _____ n'est pas la débitrice d'L. _____ de la somme de 1'720 fr. à titre de dépens, TVA en sus sur 1'320 fr., les dépens de première instance étant mis à la charge de l'intimé (V), plus subsidiairement à ce que le jugement est annulé, la cause étant renvoyée à l'Autorité de première instance pour nouveau jugement dans le sens des considérants (VI).

La recourante a confirmé ses conclusions dans son mémoire du 21 décembre 2010.

Dans son mémoire-réponse du 19 janvier 2011, L. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours dans toutes ses conclusions principales et subsidiaires.

En droit :

1. a) Le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (ci-après : CPC; RS 272) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Toutefois, le jugement attaqué a été communiqué aux parties avant cette date, de sorte que ce sont les règles du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (ci-après : CPC-VD) qui sont applicables (art. 405 al. 1 CPC).

b) Dans la mesure où il est dirigé contre un "jugement et ordonnance de mesures provisionnelles" en modification d'un jugement de divorce rendu par un président de tribunal d'arrondissement ayant statué en procédure accélérée (art. 371 et 376 al. 2 CPC-VD), le présent recours est recevable tant en nullité (art. 444 et 445 CPC-VD) qu'en réforme (art. 451 ch. 3 CPC-VD).

En première instance, le demandeur a pris des conclusions identiques, tant au fond qu'au titre de mesures provisionnelles et la défenderesse en a fait de même dans sa réponse, de sorte que le jugement de première instance porte simultanément sur le fond et les mesures provisionnelles. Dans cette configuration, les mesures provisionnelles n'ont pas de portée propre et il y a dès lors lieu d'examiner les griefs formulés dans le cadre du recours en réforme, le recours en nullité étant subsidiaire. Le sort des mesures provisionnelles sera donc le même que celui du fond. Il y a ainsi lieu d'examiner le recours en réforme, le recours en nullité étant une voie de droit subsidiaire.

2. a) Saisie d'un recours en réforme contre le jugement d'un président de tribunal d'arrondissement statuant en procédure accélérée sur une action en modification de jugement de divorce (art. 376 al. 2 CPC-VD), le Tribunal cantonal revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC-VD), développant son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant dans le dossier et l'avoir cas échéant corrigé ou complété au moyen de celles-ci (JT 2003 III 3). En principe, les parties ne peuvent articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux résultant du dossier et qui auraient

dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'art. 456a CPC-VD (art. 452 al. 1^{ter} et 2 CPC-VD; JT 2003 III 3).

Toutefois, en matière de modification de jugement de divorce, comme en matière de divorce, les parties peuvent invoquer des faits et des moyens de preuve nouveaux devant l'instance cantonale supérieure et prendre des conclusions nouvelles pour autant qu'elles soient fondées sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 138 al. 1 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210] auquel renvoie l'art. 374c CPC-VD; JT 2006 III 8 c. 3b; Leuenberger, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., 2006, n. 2 ad art. 138 CC, p. 883).

En outre, dans les causes touchant au sort des enfants et aux conséquences pécuniaires de celui-ci, domaine où le droit fédéral impose la maxime d'office et la maxime inquisitoire (art. 145 al. 1 CC qui a codifié la jurisprudence antérieure, Message, FF 1996 I 1 ss, spéc. p. 148; ATF 122 III 404 c. 3d, JT 1998 I 46; ATF 120 II 229 c. 1c; ATF 119 II 201 c. 1; Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 3 ad art. 455 CPC-VD, p. 654), le juge doit d'office, même en deuxième instance, statuer sur ces questions, sans être limité par les moyens et conclusions des parties, et ordonner toutes preuves utiles à l'établissement d'un état de fait suffisant (ATF 131 III 91; 128 III 411 c. 3.2.1).

b) l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il a été complété sur la base du dossier (supra, let. B).

3. L'art. 286 al. 2 CC, applicable en matière de modification de jugement de divorce par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, prévoit que, si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien à la demande du père, de la mère ou de l'enfant. Cette modification ou suppression n'est possible que si les circonstances ayant prévalu à la fixation originale de la contribution ont subi un changement

notable et, en principe, durable; elle doit a fortiori n'être envisagée que dans la perspective du bien de l'enfant (Breitschmid, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., 2010, n. 3 ad art. 134 CC; ATF 120 II 177 c. 3a) – notion qui exige une appréciation globale des possibilités de développement de la personnalité de l'enfant (ATF 129 III 250 c. 3.4.2, JT 2003 I 187) – et peut intervenir sans qu'il soit besoin d'examiner si les faits nouveaux invoqués pour la justifier étaient ou non prévisibles au jour du premier jugement (TF 5C_214/2004 du 16 mars 2005 c. 2.1; ATF 131 III 189 c. 2.7.4, JT 2005 I 324; Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, n. 67 ad art. 286 CC; Breitschmid, op. cit., n. 11 ad art. 286 CC). La procédure de modification ne doit pas viser à réexaminer ou corriger le jugement de divorce, mais à l'adapter aux circonstances nouvelles survenues chez les parents ou chez l'enfant (TF 5C_216/2003 du 7 janvier 2004 c. 4.1; ATF 120 II 177 précité c. 3a; Hegnauer, op. cit., n. 67 ad art. 286 CC). Ainsi, le juge de la modification sera lié par les faits constatés dans le jugement de divorce et devra prendre ces faits comme point de départ de sa comparaison, même si ceux-ci ne correspondaient pas, à l'époque, à la réalité (ATF 117 II 359 c. 6, JT 1994 I 322, spéc. p. 330).

Une modification de la situation familiale peut répondre aux conditions posées par l'art. 286 al. 2 CC, par exemple la naissance de demi-frères ou de demi-soeurs, dont le débiteur doit aussi assumer l'entretien (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^{ème} éd., 2009, note infrapaginale 2178, p. 584, et note 2060, p. 557, qui cite FamPra.ch 2000, p. 552, n° 44, et RSJ 2000, p. 327; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 1980, n. 106 ad art. a157 CC, p. 709). Pour déterminer si la situation a notablement changé au point qu'une autre décision s'impose, il faut examiner dans quelle mesure les capacités financières et les besoins respectifs des parties ont évolué depuis le divorce (ATF 131 III 189 c. 2.7.4).

En l'espèce, l'intimé a la charge d'un nouvel enfant, le cinquième qu'il a eu avec sa seconde épouse, qui vit auprès de ses père et mère. Il y a donc lieu d'admettre que l'on se trouve en présence d'un

changement notable et durable de la situation du débirentier au sens de l'art. 286 al. 2 CC.

4. La recourante conclut principalement au maintien intégral des pensions fixées par le jugement de divorce. Subsidiairement, elle conclut à ce qu'L._____ contribue à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement d'une pension de 800 fr. par mois jusqu'à l'âge de quinze ans révolus et de 900 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou l'indépendance économique, l'art. 277 al. 2 CC étant réservé. Elle soutient qu'il est raisonnable d'exiger du débiteur qu'il travaille à 100% et de son épouse qu'elle exerce une activité à 50, voire 60 pour cent. Elle critique le montant du salaire du débiteur sur lequel s'est basé le premier juge pour déterminer sa capacité contributive.

a) En octobre 2003, soit à l'époque du jugement de divorce, l'intimé travaillait à plein temps et réalisait un revenu mensuel net de 7'547 fr. 50, part au 13^{ème} salaire incluse, allocations familiales en sus. Selon la convention signée et ratifiée, la charge des pensions en faveur des enfants totalisait alors 3'800 fr., soit 950 fr. pour [...], 950 fr. pour [...], 950 fr. pour [...] et 950 fr. pour [...], ce qui représentait le 50,35 % du revenu net du débiteur.

Compte tenu des paliers prévus par la convention, le 20 juillet 2010, soit à la date de l'audience de jugement de l'action en modification de jugement de divorce, cette même charge était de 4'400 fr., soit 1'200 fr. pour [...] (quatorze ans), 1'200 fr. pour [...] (quatorze ans), 1'050 fr. pour [...] (dix ans et demi) et [...] (neuf ans et demi).

b) L'intimé travaille actuellement à 80 %. Au regard de son bulletin de salaire du mois de novembre 2009, il apparaît que le certificat d'impôt [recte : déclaration d'impôt] 2009 inclut les allocations familiales à hauteur de 20'520 francs (1'710 fr. x 12). Le revenu de l'intimé est ainsi de 6'365 fr. 50 net par mois, qui comprend le treizième salaire mais pas les allocations familiales. A relever que, contrairement à l'avis de la

recourante, il est possible de déroger à la règle de l'art. 285 al. 2 CC concernant la non-prise en compte des allocations familiales, si le jugement ou la convention le prévoit expressément (Meier/Stettler, Droit suisse de la filiation, 4^{ème} éd., n° 989), ce point n'étant du reste pas déterminant en l'espèce puisque le premier juge s'est basé sur des éléments comparables (hors allocations) dans son jugement.

c) En principe, le juge prend en compte le revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Toutefois, celui-ci peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante du revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui (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). Dans ces cas, le minimum vital peut être entamé (ATF 123 III I, JT 1998 I 139 c. 3e). 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 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_685/2007 précité c. 2.3; TF 5A_170/2007 précité c. 3.1; TF 5C_40/2003 précité c. 2.1.1).

Il découle du jugement attaqué qu'L._____ travaille toujours à la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après : BCV), qu'il était gérant de la succursale de Chexbres à l'époque du divorce et qu'il a changé d'affectation en 2006 pour devenir téléconseiller, son taux d'activité étant

désormais de 80 %. En l'espèce, il importe peu que l'intimé ait renoncé au poste antérieur pour son confort personnel, comme le soutient la recourante; aucun élément du dossier ne permet de déduire avec certitude, s'agissant du changement d'affectation, que le débiteur a agi dans l'intention délibérée de nuire. La question peut demeurer ouverte, dès lors que le nouveau poste occupé dès 2006 par l'intimé est similaire à celui qu'il occupait auparavant et correspond à ses qualifications professionnelles, étant donné que le service à la clientèle de la BCV apparaît comme l'élément essentiel tant en ce qui concerne les anciennes que la nouvelle fonction occupées par le débirentier. En effet, selon courrier de la BCV (Ressources humaines) adressé au premier juge le 19 juillet 2010, L. _____ a occupé un poste de conseiller à la clientèle auprès de l'agence de Chexbres entre 2000 et 2003, puis de responsable de l'agence de Chexbres entre 2003 et 2006 et enfin de téléconseiller, chef de groupe auprès du centre de conseil par téléphone dès 2006.

Quant à la diminution du salaire, elle n'est pas substantielle, si l'on tient compte d'une activité à plein temps. A cet égard, le premier juge s'est appuyé dans sa comparaison, d'une part, sur le certificat de salaire pour la déclaration d'impôt 2003, en retenant que le salaire mensuel s'élevait à 7'574 fr. 50, treizième salaire compris et sans allocations familiales, et, d'autre part, sur le bulletin de salaire du mois de novembre 2009 ainsi que sur le certificat d'impôt [recte : déclaration d'impôt] 2009, en retenant que le demandeur gagne actuellement 6'365 fr. 50 net par mois à 80 %, treizième salaire compris et sans allocations familiales (soit 7'956 fr. 85 à 100 %). Le premier juge a conclu, à juste titre, à ce que l'on pouvait raisonnablement exiger du débirentier qu'il travaille à 100 %, soit en en admettant l'augmentation (hypothétique) du taux de travail du débirentier à 100 % en se fondant sur le salaire actuel effectif.

d) Le premier juge passe sous silence le bonus perçu et considère que les actions versées ne font qu'augmenter la fortune de celui-ci. Or ces éléments ont été régulièrement versés au débirentier entre 2003 et 2010 si bien qu'il y a lieu de les considérer – même non garantis – comme éléments du revenu effectif (ATF 129 III 7; Françoise Bastons

Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites in SJ 2007 II 67, n° 18, p. 80). Les montants du bonus et des actions s'élèvent pour l'année 2010 à respectivement 489 fr. et 150 fr. 90 par mois, soit au total à 639 fr. 90 par mois. Calculés sur douze mois après déduction du pourcentage représentant les charges sociales (16,15 %) pour un taux de travail de 80 %, ils ascendent à 799 fr. 90 par mois pour un taux de 100 pour cent.

En revanche, les forfaits pour frais ne sont prise en compte que pour la part qui dépasse les frais effectifs (TF 5C_282/2002 du 27 mars 2003, c. 2.2); il incombe au salarié d'établir cette part (TF 5P_5/2007 du 9 février 2007, c. 3.4). Selon le budget produit par le débirentier pour l'année 2010, ses frais de déplacement s'élèvent à 1'280 fr, qui comprennent les frais liés à l'exercice du droit de visite dont l'intimé peut tenir compte contrairement à ce que soutient la recourante, et ses frais de repas à zéro francs.

Le revenu de l'intimé s'élève donc, pour un taux d'activité à 100 %, à 8'756 fr. 75 (treizième salaire, bonus et actions compris), allocations familiales en sus, sous réserve de la détermination des frais de déplacement.

Le revenu mensuel net de l'intimé n'a donc pas fléchi mais a progressé d'environ 1'200 fr. par mois. Par rapport à ce revenu, la charge constituée par l'entretien des enfants du premier lit, selon les contributions fixées par le jugement de divorce de 4'000 fr. est de 50.25 %, soit un taux quasiment identique au pourcentage de 50,35 % qui avait cours à l'époque du divorce.

e) L'épouse de l'intimé réalise à 40% un gain mensuel net de 2'622 fr., treizième salaire compris, allocations familiales en sus. Contrairement à ce que soutient la recourante, elle n'est pas tenue d'augmenter son taux d'activité. L'enfant du couple n'est âgé que de deux ans et demie et le travail de la mère hors du domicile engendrerait des frais de garde supplémentaires. S'agissant des pertes résultant de

l'activité accessoire de L._____ (8'056 fr. en 2008 et 7'064 fr. en 2009), elles sont partiellement compensées par l'économie réalisée sur les frais de garde du fait de la présence de la mère auprès de sa fille Charlotte.

Au demeurant, on peut rappeler que ce n'est que très exceptionnellement qu'il pourrait exister pour le conjoint du débirentier un devoir d'assistance indirect qui pourrait avoir pour conséquence que le conjoint du débirentier doit prendre un emploi ou développer son activité lucrative (ATF 127 III 68 c. 3, JT 2001 I 562).

f) Comme l'indique le jugement attaqué, la naissance d'un cinquième enfant constitue un élément nouveau devant se traduire par une modification, ce qui conduit au rejet de la conclusion principale de la recourante en rejet du principe d'une modification de jugement de divorce et en maintien intégral des pensions fixées par le jugement de divorce. En revanche, on ne saurait suivre le premier juge lorsqu'il indique que le père doit consacrer un peu plus du 35 % de son revenu à ses cinq enfants. En effet, en prenant parallèlement en compte une augmentation de revenu, ce taux ne peut être significativement inférieur au taux conventionnel de l'ordre de 50 % arrêté par les parties et, de plus, selon la doctrine (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 2009, 4^{ème} éd., p. 568 n° 2105), le taux de 35 % est applicable à l'entretien de trois enfants (30 à 35 % pour trois enfants selon arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2005 qui admet l'application d'une telle méthode [TF 5C_238/2005]) alors que selon Meier/Stettler, le pourcentage peut être augmenté jusqu'à 40 % en cas de fratrie de quatre et plus (op. cit. n° 2105 in fine). Si, pour les cinq enfants, on applique un taux de 45 % au revenu net de 8'692 fr., on aboutit à une charge de 3'911 fr., respectivement de 4'346 fr. en appliquant un taux de cinquante pour cent.

Les conclusions subsidiaires de la recourante en paiement mensuel pour chaque enfant de 800 fr. par mois jusqu'à 15 ans et de 900 fr. par mois jusqu'à l'indépendance économique plafonnée à 25 ans impliqueraient une charge mensuelle de 3'400 fr. dès le mois de juin 2011, soit dès le quinzième anniversaire des deux aînés. Pensions des quatre

enfants déduites, l'intimé conserverait ainsi la disposition de 5'356 fr. (8'756 fr. 75 - 3'400 fr.) pour son propre entretien, celui de son épouse et celui de son cinquième enfant. Le solde des 45 % pour ce dernier enfant serait de 540 fr. (3'940 fr. - 3'400 fr.).

D'une manière générale, plusieurs enfants d'un même débiteur d'entretien - qu'ils vivent dans le ménage commun ou non - ont en principe le droit d'être traités de la même manière (ATF 127 III 68 c. 2c; ATF 126 III 353) et voient leurs besoins pris en compte selon des critères identiques, sauf si des circonstances objectives justifient une dérogation (ATF 120 II 289, JT 1996 I 219; ATF 116 II 115, JT 1993 I 167). L'allocation de montants distincts n'est pas d'emblée exclue, mais commande une justification particulière (TF 5A_62/2007 du 24 août 2007 c. 6.1 et les références citées, publié in FamPra.ch 2008, p. 223, et résumé in Revue du droit de tutelle [RDT] 2007, p. 300).

En l'espèce, cette différence de montants (de 240 fr.) dans le calcul entre la contribution à l'entretien du plus jeune enfant et celle servie aux cadets du premier lit peut se justifier par le fait que le coût de l'enfant la plus jeune, née le 2 juin 2008, est moindre que celui de [...] né sept ans plus tôt, le 18 janvier 2001. De plus, suivre les conclusions subsidiaires de la recourante revient à abaisser de 50 % à 45 %, soit de cinq points, le taux de la charge d'entretien des enfants fixés lors du divorce.

g) En ce qui concerne le revenu de [...], beau-père des enfants des parties, la doctrine en exclut en principe la prise en compte s'agissant d'une obligation d'assistance subsidiaire (art. 278 al. 2 CC) par rapport à celle prioritaire des parents (Perrin, Commentaire romand du CC, Bâle 2010, p. 1776 n° 16 ad art. 285 CC et la jurisprudence citée). Au demeurant, le jugement de divorce prévoyait le service jusqu'en janvier 2007 d'une pension mensuelle de 850 fr. à l'épouse divorcée, supprimée à la suite de son remariage en 2007.

Quant à l'évolution du revenu (de 0 à 4'500 fr. brut) et le cas échéant des charges de la recourante, ces faits ne sont pas constitutifs d'un cas de modification au sens de l'art. 286 al. 2 CC (a contrario cf les cas de modification énumérés par Perrin, op. cit., p. 1783 n° 8 ad art. 286 CC). De plus, selon la jurisprudence, l'amélioration de la situation financière du détenteur de l'autorité parentale ne justifie en principe pas une réduction des contributions d'entretien dues par le débiteur car ce sont d'abord les enfants qui doivent en profiter (ATF 108 II 83, JT 1983 I 608). L'exception réservée par la jurisprudence, soit lorsque la contribution fixée à l'origine constitue déjà une charge particulièrement lourde pour le parent débiteur en raison de sa condition modeste et que sa non-réduction reviendrait à ne plus respecter l'égalité de traitement dans la prise en charge de l'enfant par ses père et mère (Meier/Stettler, op. cit., n° 997), n'a pas cours ici, l'intimé étant de condition moyenne et non modeste et une inégalité de traitement entre parents dont l'un serait réduit au minimum vital alors que pour l'autre la réduction de pensions n'aurait guère d'impact ne peut se constater.

5. Avant d'allouer à la recourante sa conclusion subsidiaire en réforme, il faut encore vérifier que le minimum vital élargi de l'intimé n'est pas entamé.

Pour déterminer le minimum vital d'un conjoint, il faut tout d'abord déterminer le revenu net des deux époux, leur minimum vital commun (montant de base pour le couple et les enfants, avec les suppléments, respectivement les déductions, qui doivent être pris en compte) et répartir ensuite celui-ci proportionnellement à leurs revenus nets (Lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP, émises par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse du 1^{er} juillet 2009). La part saisissable du revenu du conjoint poursuivi se dégage alors en déduisant de son revenu net déterminant sa part au minimum vital (ATF 114 III 12, JT 1990 II 118 c. 3).

Au vu de la jurisprudence précitée, il n'est pas question de déterminer le minimum vital en divisant par deux les postes de loyers, d'assurance-maladie ou autres. Il n'y a pas lieu de diviser automatiquement par deux le montant de base LP du couple. La division par deux du montant de base LP paraît admissible par le Tribunal Fédéral en cas de concubinage en imputant hypothétiquement et systématiquement une participation du concubin (TF 5P_90/2002 du 1^{er} juillet 2002 c. 2b/bb). En cas de mariage, le point déterminant est de savoir si le conjoint contribue concrètement au financement de l'union conjugale par ses revenus. En ce cas et conformément à l'ATF 114 III 12 précité, il faut répartir le minimum vital commun entre les époux proportionnellement à leurs revenus respectifs, puis déduire du revenu de ce conjoint la part du minimum vital.

En l'espèce, en se fondant sur les postes du budget de son ménage invoqué par l'intimé et repris dans le jugement attaqué à son chiffre 2 (sous réserve des autres charges invoquées [électricité, assurance-ménage et RC, Billag] qui sont incluses dans le montant de base), il convient de retenir pour le couple les charges incompressibles suivantes :

- montant de base pour couple majoré de 20%	Fr. 2'040.-
- montant de base pour enfant Charlotte	400.-
- loyer charges comprises	1'900.-
- assurances maladie	378.-
- frais de garde enfant	280.-
Total	<u>Fr. 4'998.-</u>

Compte tenu des revenus respectifs nets des époux, de 8'756 fr. 75 et de 2'623 fr. 40, soit d'un revenu du ménage de 11'389 fr. 15, la part de l'intimé aux frais communs est de 76,86 % et ce pourcentage appliqué au minimum vital du couple donne 3'841 fr. 45 de charges incombant à l'intimé. Par rapport au montant disponible de 5'356 fr. (let. f ci-dessus), une fois sa part de charges déduite, il resterait donc à l'intimé 1'514 fr. 55, ce qui suffit à assurer approximativement ses frais de déplacement (1'280 fr. selon son budget, ce qui paraît très élevé) et sa

part proportionnelle aux impôts communaux, cantonaux et fédéraux de 374 fr. (487 fr. selon même budget x 76,86 %), l'inclusion de ce dernier poste dans le minimum vital n'étant pas imposée au vu de l'importance des charges courantes combinées avec celles d'entretien (Bastons Bulletti, op. cit., n° 66 p. 88). Au demeurant, les trajets entre le domicile et le lieu de travail peuvent assurément s'effectuer en transports publics sans qu'il en coûte 1'280 fr. par mois (vacances comprises).

6. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis en ce sens que la conclusion subsidiaire IV de la recourante est allouée.

7. Le jugement de première instance condamne la recourante à verser de pleins dépens totalisant 1'720 fr., TVA en sus sur 1'320 fr., à l'intimé ayant obtenu "en très grande partie" gain de cause, soit 400 fr. en remboursement de ses frais de justice, 1'200 fr. de participation aux frais d'avocat, TVA en sus, et 120 fr. de débours du conseil adverse, TVA en sus. Le présent arrêt augmente la charge des pensions (en juin 2011) de 980 fr. (soit de 2'420 fr. à 3'400 fr.). On peut donc réduire d'un tiers les dépens alloués en première instance pour les fixer à 1'150 fr. (art. 92 al. 2 CPC-VD) et supprimer la TVA qui n'a pas cours en matière de dépens.

En ce qui concerne les dépens de deuxième instance, l'admission partielle du recours justifie d'allouer à la recourante des dépens réduits d'un tiers également, soit 1'200 fr (1'500 fr. + 300 fr. x 2/3 [art. 92 al. 2 CPC-VD]) .

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. (art. 233 al. 1^{er} du tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; TFJC).

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé comme il suit aux chiffres I/IV et II de son dispositif :

I.- Dit que les chiffres IV et VI de la convention sur les effets du divorce ratifiée dans le jugement de divorce du 9 octobre 2003, sont modifiés comme il suit :

«IV.- nouveau : Dès le 1^{er} mai 2010, L._____ doit contribuer à l'entretien de chacun de ses enfants [...], née le [...] 1996, [...], né le [...] 1996, [...], né le [...] 1999, et [...], né le [...] 2001, par le versement de pensions mensuelles s'élevant, allocations familiales en sus, à Fr. 800.- (huit cents francs) par enfant jusqu'à l'âge de 15 ans révolus et à Fr. 900.- (neuf cents francs) dès lors et jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'indépendance économique, mais au plus tard jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus, l'art. 277 al. 2 CC étant réservé. »

«VI.- nouveau : La contribution d'entretien fixée au chiffre IV nouveau sera indexée à l'indice suisse des prix à la consommation le 1^{er} janvier de chaque année, sur la base de l'indice au 30 novembre précédent, la première fois le 1^{er} janvier 2012, l'indice de base étant celui du mois durant lequel le jugement sera définitif et exécutoire, pour autant que les revenus d'L._____ soient indexés, à charge pour lui de prouver que tel n'est pas le cas;

II.- Dit que la défenderesse M. _____ doit verser au demandeur L. _____ la somme de Fr. 1'150.- (mille cent cinquante francs) à titre de dépens.

Le jugement de modification de jugement de divorce est maintenu pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

IV. L'intimé L. _____ doit verser à la recourante M. _____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 2 mars 2011

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

Le greffier :

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 Marcel Heider (pour M. _____),
- Me Jean de Gauthard (pour L. _____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

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

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

Le greffier :