

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 29 septembre 2016

---

Composition : M. WINZAP, juge délégué  
Greffière : Mme Bourqui

\* \* \* \* \*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 CC**

Statuant sur l'appel interjeté par **A.**\_\_\_\_\_, à [...], contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 25 août 2016 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **N.**\_\_\_\_\_, à [...], le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance du 25 août 2016, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rappelé la convention partielle de mesures protectrices de l'union conjugale conclue entre les parties et ratifiée par le président lors de l'audience du 28 juin 2016 (I), a dit que A.\_\_\_\_\_ continuera de contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'870 fr., allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de N.\_\_\_\_\_ (II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III) et a déclaré la décision, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le premier juge a considéré que la situation des parties n'avait guère évolué depuis l'arrêt rendu par la Cour d'appel civile le 27 octobre 2014, de sorte que les charges de A.\_\_\_\_\_ étaient de 2'455 fr. 75 et celles de N.\_\_\_\_\_ de 6'533 fr. 05. Le revenu de cette dernière étant de 3'178 fr. 80, elle accusait un déficit de 3'354 fr. 25. S'agissant du revenu de A.\_\_\_\_\_, le premier juge a estimé que les explications fournies par l'intéressé quant à son incapacité de travail étaient évasives et peu fiables, de sorte que son problème de santé ne démontrait pas une incapacité de travail durable, qu'il envisageait lui-même de reprendre une autre activité lucrative et qu'il n'avait pas déposé de demande AI. Il a finalement considéré que l'on pouvait exiger de A.\_\_\_\_\_ qu'il réalise un revenu équivalant au salaire qu'il touchait au moment où l'arrêt du 27 octobre 2014 a été rendu, soit 5'333 fr. 75.

**B.** Par acte du 8 septembre 2016, A.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que A.\_\_\_\_\_ ne soit plus tenu de contribuer à l'entretien de son épouse et de ses deux enfants dès le 1<sup>er</sup> mai 2016 et, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité de première instance pour nouveau jugement.

L'appelant a requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

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

**1.** A.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_, se sont mariés le [...] 2007 à Morges.

Deux enfants sont issues de cette union, Z.\_\_\_\_\_, née le [...] 2008 et P.\_\_\_\_\_, née le [...] 2010.

**2.** Les époux vivent séparés depuis le 12 novembre 2012.

**3.** Lors d'une audience du 27 mai 2014, les parties ont signé une convention ratifiée séance tenante pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale qui prévoyait notamment que A.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, d'une pension mensuelle de 3'250 fr., allocations familiales non comprises, dès le 1<sup>er</sup> juin 2014.

**4.** Par arrêt sur appel du 27 octobre 2014, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile a ramené la pension mensuelle due par A.\_\_\_\_\_ à 2'870 fr. dès le 1<sup>er</sup> août 2014.

**5.** En octobre 2014, N.\_\_\_\_\_ a cédé ses droits au Bureau de recouvrement et d'avances de pensions alimentaires (ci-après : Brapa).

**6.** Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 décembre 2015, le Président a confié au Service de protection de la jeunesse (SPJ) un mandat d'évaluation et de surveillance sur la situation des enfants [...].

**7.** Le 25 avril 2016, A.\_\_\_\_\_ a déposé une nouvelle requête de mesures protectrices de l'union conjugale à l'encontre de N.\_\_\_\_\_ et de l'Etat de Vaud représenté par le Brapa, au pied de laquelle il a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il ne soit plus tenu de contribuer à l'entretien de son épouse et de ses deux enfants dès le 1<sup>er</sup> mai 2016.

Dans le cadre de cette requête, il a produit quatre certificats médicaux couvrant la période du 12 novembre 2015 au 31 mars 2016 attestant d'une incapacité de travail pour maladie.

Par courrier du 28 avril 2016, N.\_\_\_\_\_ a requis par voie d'extrême urgence la prolongation des modalités de la séparation du couple.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 3 mai 2016, le président a dit que les modalités de la séparation entre les parties prévues dans les prononcés des 27 mai 2014, 20 octobre 2014, par arrêt de la Cour d'appel du 27 octobre 2014 et par prononcé du 17 décembre 2015 étaient prolongées pour une durée indéterminée.

**8.** A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 juin 2016, A.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_ ont signé une convention partielle, ratifiée séance tenante par le président, sur les modalités du droit de visite, les contributions d'entretien restant litigieuses.

**9.** Le 15 juillet 2016, A.\_\_\_\_\_ a produit un rapport médical daté du 12 juillet 2016, dont la teneur est la suivante :

« Notre patient bénéficie depuis le 7 mars 2016 d'un traitement psychiatrique et psychothérapeutique intégré au sein de notre cabinet, traitement assuré par Mme [...], psychologue-psychothérapeute FSP, sous la responsabilité d' [...], psychiatre-psychothérapeute FMH.

L'incapacité de travail que nous attestons depuis le 31.05.2016 (attestée auparavant par le Dr [...], médecin traitant) est liée à un trouble dépressif récurrent, épisode actuel moyen F 33.1 au sens de la CIM-10. Cet épisode

dépressif justifie un traitement antidépresseur de 2<sup>ème</sup> intention de Quiétapine XR 150 mg 1 cp/jour ».

## **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 JdT 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., JdT 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 étant régies par la procédure sommaire (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 (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

**1.2** Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur une cause 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

### **3.**

**3.1** L'appelant soutient que le premier juge aurait apprécié les faits de manière erronée en lui imputant un revenu hypothétique. Il invoque que les certificats médicaux qu'il a produits attesteraient qu'il est durablement incapable de travailler, de sorte qu'il ne pourrait plus s'acquitter des contributions d'entretien envers son épouse et ses deux enfants.

**3.2** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Il peut néanmoins imputer à l'une comme à l'autre un revenu hypothétique.

De façon générale, plus la situation financière est précaire, plus il apparaît justifié d'imputer un revenu hypothétique lors du calcul des contributions dues (Sabrina Burgat, Le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011 ; Juge délégué CACI 15 août 2012/382). Le motif pour lequel il a été 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, JdT 2011 II 486) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations, respectivement pourvoir à son propre entretien (ATF 128 III 4 consid. 4a ; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

Le juge qui détermine un revenu hypothétique doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé ; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant ; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.2 ; TF 5A\_933/2015 du 23 février 2016 consid. 6.1). Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail ; il s'agit là d'une question de fait (TF 5A\_20/2013 du 25 octobre 2013 consid. 3.1 ; ATF 128 III 4 consid. 4c/bb ; ATF 126 III 10 consid. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut notamment se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique (ATF 137 III 118 consid. 3.2, JdT 2011 II 486 ; TF 5A\_933/2015 du 23 février 2016 consid. 6.1).

La jurisprudence retient que, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il est admissible de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (TF 5A\_317/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6.2, non publié aux ATF 137 III 614 ; TF 5A\_612/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1 ; TF 5A\_679/2011 du 10 avril 2012 consid. 5.1, in FamPra.ch 2012 p. 789), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012 consid. 4.1.1 ; TF 5A\_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1 ; TF 5A\_120/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1 ; TF 5A\_318/2014 du 2 octobre 2014 consid. 3.1.3.2). Dans cette hypothèse, le fait que le débiteur ne peut pas revenir en arrière et modifier son revenu réalisé dans

le passé n'empêche pas la prise en compte rétroactive d'un revenu hypothétique (TF 5A\_184/2015 du 22 janvier 2016 consid. 3.4).

L'absence de prestations de l'assurance-invalidité constitue un indice que l'intéressé conserve une capacité de gain résiduelle (TF 5A\_248/2011 du 14 novembre 2011 consid. 4.3, in FamPra.ch. 2012 p. 500). Il en va de même de l'absence d'une demande de prestations de l'assurance-invalidité (TF 5A\_522/2011 du 18 janvier 2012 consid. 4.3 ; TF 5A\_251/2016 du 15 août 2016 consid. 2.3.1).

**3.3** En l'espèce, le premier juge a retenu que les explications fournies par l'appelant quant à son incapacité de travail étaient évasives et peu fiables et que les certificats médicaux produits ne démontraient pas que son incapacité était durable.

L'appelant soutient quant à lui que, dans la mesure où cela fait huit mois qu'il ne travaille pas et qu'il est au bénéfice de certificats médicaux, il serait durablement incapable de travailler « pour l'instant ».

Le rapport médical établi le 12 juillet 2016 produit par l'appelant fait état d'un trouble dépressif récurrent moyen. Selon la définition que l'appelant donne lui-même dans son acte, ce trouble est provisoire et si le patient est soigné, la durée de l'épisode dépressif est plus courte. Or, il ressort du rapport médical que l'appelant suit un traitement d'antidépresseurs. Au vu de ce qui précède, l'incapacité de travail de A. \_\_\_\_\_ n'est donc pas durable.

En l'espèce, l'appelant a déclaré qu'il en « avait marre de travailler » sur les chantiers. C'est donc par pure convenance personnelle qu'il a cessé son activité d'étancheur. Il a en outre déclaré qu'il souhaitait exercer la profession de tatoueur. Dès lors, dans la mesure où l'appelant souhaite exercer une autre activité et qu'il n'a pas déposé de demande AI, il se définit lui-même comme étant apte au travail. Au surplus, aucun certificat médical ne détaille les raisons pour lesquelles l'appelant serait incapable d'exercer la profession d'étancheur. Au demeurant, ce dernier

n'a entrepris aucune démarche sérieuse afin de trouver un travail ou de se reconverter dans une activité qui lui procurerait des revenus équivalents à son activité précédente. En lieu et place, l'appelant souhaite se lancer dans une activité qui ne lui apportera vraisemblablement que peu, sinon pas de revenus et cela, au détriment des besoins de sa famille.

En définitive, c'est à bon droit que le premier juge a retenu que l'appelant bénéficie d'une capacité contributive permettant d'honorer les pensions mises à sa charge par 2'870 fr., et qu'il a retenu un revenu hypothétique égal à l'activité qu'il effectuait antérieurement.

#### **4.**

**4.1** En conclusion, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

**4.2** Compte tenu de ce qui précède, il y a également lieu de considérer que l'appel était dénué de chance de succès au sens de l'art. 117 let. b CPC. Le bénéfice de l'assistance judiciaire doit donc être refusé à A.\_\_\_\_\_.

**4.3** 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]), sont mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

**4.4** L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
le juge délégué  
de la Cour d'appel civile  
p r o n o n c e :

- 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 A.\_\_\_\_\_.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 30 septembre 2016

Le dispositif du présent arrêt est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Cédric Thaler (pour A. \_\_\_\_\_),
- Me Caroline Fauquex-Gerber (pour N. \_\_\_\_\_),

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

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

Le juge délégué 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 sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; 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 :