

VD_FINDINFO HC / 2011 / 474 vom 29. August 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___474

FR: VD_FINDINFO HC / 2011 / 474 du 29 août 2011

IT: VD_FINDINFO HC / 2011 / 474 del 29 agosto 2011

Regeste

OBLIGATION D'ENTRETIEN, REVENU HYPOTHÉTIQUE, RELATIONS PERSONNELLES | 273 CC, 286 al. 2 CC, 308 al. 1 let. b CPC (CH)

Erwägungen

E. 1.1

L'ordonnance querellée ayant été rendue le 17 juin 2011, les dispositions du nouveau code de procédure civile sont applicables au litige (Tappy, *Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée*, JT 2010 III 11, spéc. 30 et 33).

E. 1.2

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales dont la valeur capitalisée est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable (Tappy, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, JT 2010 III 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC et l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales, 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 [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]). Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt, le présent appel est recevable.

E. 1.3

Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies – soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification – et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 140). Cette limitation ne vaut pas, lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, n. 76 ad art. 317 CPC). En l'espèce, l'appelante fait grief au premier juge de l'avoir astreinte à contribuer à l'entretien de sa fille et de n'avoir prévu aucun droit de visite en sa faveur. Ces conclusions ne sont pas nouvelles, puisque l'on peut partir de l'idée que ne s'étant pas présentée à l'audience, l'appelante concluait implicitement au rejet de la requête (art. 147 al. 2 CPC). En outre, à trois reprises, elle a requis du président et du SPJ la reprise des relations personnelles avec sa fille, se plaignant de n'avoir plus aucune nouvelle de [...].

E. 1.4

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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* p. 135). 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 c.2). 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; JT 2011 III 43 c.2). 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.* pp. 136-137).

E. 1.5

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 preuve 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, *op. cit.*, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait 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 et 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 nova seront soumis au régime ordinaire (JT 2011 III 43 c.2; Hohl, *Procédure civile Tome II*, 2^{ème} éd., n. 2410 p. 437). Les parties peuvent faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, *op. cit.*, n. 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 (JT 2011 III 44), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, *ibid.*, n. 2415 p. 438). En l'espèce, à partir du moment où les parties ont une enfant mineure, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, *op. cit.*, nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par les parties devraient donc être considérées comme des novas susceptibles d'être examinés par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC. Cela implique évidemment que les réquisitions de pièces, voire le renouvellement des pièces refusées par le premier juge

devraient à nouveau faire l'objet d'un examen quant à la pertinence d'en disposer pour l'instruction d'office. Cette instruction ne se justifie toutefois que si le juge de l'appel sera en mesure de procéder à l'examen requis et de réformer le cas échéant la décision. Dans le cas où un rejet de l'appel se justifie pour des motifs qui ne nécessitent pas de revoir les revenus de la partie, ou si la production des pièces nécessite de reprendre l'instruction de la cause sur des faits essentiels, il est vain d'y procéder à ce stade (art. 318 al. 1 CPC).

E. 2.1

L'appelante conteste tout d'abord la décision du premier juge relative à la contribution d'entretien. Elle soutient qu'elle n'a aucune rentrée d'argent, qu'elle ne vit plus que de l'aide d'amis, qu'elle fait l'objet d'une procédure d'expulsion de son appartement et que sa fortune est quasi nulle.

E. 2.2

Aux termes de l'art. 286 al. 2 CC, applicable par le renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, si la situation change notablement, le père, la mère ou l'enfant peuvent demander au juge de modifier ou de supprimer la contribution d'entretien. Cette modification ou suppression suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente. Elle doit a fortiori n'être envisagée que dans la perspective du bien de l'enfant (Breitschmid, Basler Kommentar,

E. 2.3

En l'espèce, c'est à juste titre que le premier juge a retenu un changement notable des circonstances du chef du changement dans l'attribution de la garde de l'enfant [...]. Le premier juge a par ailleurs considéré que l'appelante était en mesure de réaliser un revenu, non seulement en relation avec son activité de négoce, dont on ignore tout, faute de pièces comptables, mais également en raison du fait qu'elle a une formation de serveuse, activité qu'elle a exercée à plusieurs reprises dans le passé.

E. 2.4

Reste à examiner si un revenu hypothétique peut être imputé à l'appelante, comme l'a retenu le premier juge. En principe, le juge prend en compte le revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement, pour autant qu'une augmentation correspondante du revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui (TF 5A_18/2011 du 1^{er} juin 2011 c. 3; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3, in SJ 2011 I 177). Dans ces cas, le minimum vital peut être entamé (ATF 123 III 1 c. 3b/bb et c. 5, JT 1998 I 139 c. 3e). Le motif pour lequel le débiteur a renoncé à un revenu ou à un revenu supérieur est, dans la règle, sans importance. En effet, la prise en compte 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 dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 c. 3 déjà cité). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, 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 que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit

examiner 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 (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; ATF 126 III 10 c. 2b). La prise en compte d'un revenu hypothétique n'est possible en principe que pour l'avenir. Sous réserve de l'admission d'un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 CC, cela est également le cas lorsque le conjoint en question a volontairement abandonné une activité mieux rémunérée au profit d'une autre moins lucrative (Kassationsgericht Zürich, 16.02.2009, AA080124 (ZH), FamPra.ch 2009 p. 228 ss). En l'espèce, comme l'a relevé à juste titre le premier juge, si l'appelante ne réalise plus de revenus suffisants par son activité indépendante de négoce, il lui appartient de prendre une activité salariée. Sa qualification professionnelle lui permettrait de trouver sans difficulté un travail de serveuse, dans un domaine où il est notoire que les offres d'emploi sont nombreuses. Au surplus, son état de santé ne démontre pas une impossibilité de travailler, puisqu'il résulte de la réponse de l'office de l'assurance-invalidité du

E. 4

ème éd., 2010, n. 3 et 4 ad art. 134 CC, pp. 904-905). Elle 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 (ATF 131 III 189 c. 2.7.4, JT 2005 I 324; ATF 128 III 305 c. 5b, JT 2003 I 50 ; TF 5C_214/2004 du 16 mars 2005 c. 2.1; Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, n. 67 ad art. 286 CC, p. 385; Breitschmid, op. cit., n. 11 ad art. 286 CC, p. 1545). 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 5A_487/2010 du 3 mars 2011 c. 2; ATF 120 II 177 c. 3a p. 178; ATF 120 II 285 c. 4b; TF 5C_216/2003 du 7 janvier 2004 c. 4.1; TF 5C_271/2001 du 19 mars 2002, reproduit in FamPra.ch 2002, p. 601; ATF 100 II 76 c. 1; Hegnauer, op. cit., n. 67 ad art. 286 CC, p. 385). Ce sont donc les constatations de fait et le pronostic effectués dans le jugement de divorce, d'une part, et les circonstances actuelles et futures prévisibles, d'autre part, qui servent de fondement pour décider si on est en présence d'une situation qui s'est modifiée de manière durable et importante. Un état de fait futur incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification. Des éléments concrets relatifs à une modification prochaine des circonstances peuvent par contre être pris en considération, afin d'éviter autant que possible une procédure ultérieure en modification (ATF 120 II 285 c. 4b; TF 5C_78/2001 du 24 août 2001 c. 2a, non publié dans l'ATF 127 III 503; TF 5A_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 5.2 reproduit in FamPra.ch 2011 p. 230). La maxime d'office et la maxime inquisitoire illimitée sont applicables (art. 296 al. 3 et 1 CPC; Hohl, op. cit., n. 2161 p. 395). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est ainsi la date du dépôt de la demande de modification du jugement de divorce (Hohl, op. cit., n. 2162 p. 395).

E. 8

février 2011 qu'aucune demande de prestation n'a été déposée et que l'appelante est inconnue de leurs services. Enfin, on ne saurait affirmer qu'une personne née en 1968 doit être considérée comme trop âgée pour retrouver du travail. Il était donc justifié de retenir un revenu hypothétique de 3'000 fr. par mois et de fixer à 300 fr. par mois la contribution d'entretien en faveur de l'enfant. On rappellera qu'il ne tenait qu'à l'appelante de documenter de manière précise le premier juge si elle voulait démontrer qu'elle n'était pas en mesure de réaliser un revenu quelconque et d'en expliquer les raisons, ce qu'elle n'a pas fait. Le

raisonnement du premier juge sur ce point n'est donc pas critiquable et doit être confirmé. Le premier moyen de l'appelante est donc rejeté. 3. 3.1 L'appelante conteste également le fait qu'aucun droit de visite sur sa fille ne lui a été accordé. Elle demande un droit de visite dans un lieu protégé. Il s'agit d'une conclusion nouvelle, mais recevable (cf. supra ch. 1.5).

3.2 Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu comme un droit et un devoir de ceux-ci (art. 273 al. 2 CC), mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant (ATF 127 III 295, c. 4a). Le rapport de celui-ci avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (TF 5A_448/2008 du 2 octobre 2008, c. 4.1). Le droit aux relations personnelles n'est pas absolu. Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, le juge peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions (art. 273 al. 2 CC). Le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile (art. 274 al. 1 CC). Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré (art. 274 al. 2 CC). Le droit de visite peut devoir être réglé par le juge du divorce en tenant compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant, celui-ci pouvant restreindre ledit droit de visite (Micheli et alii, *Le nouveau droit du divorce*, n. 321, p. 67 et n. 328, pp. 69-70). Il y a danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral et psychique est menacé par la présence même limitée du parent qui n'a pas la garde. Le juge devra tenir compte de l'intérêt de l'enfant, de son âge, de sa santé physique et psychique, et de la relation que celui-ci entretient avec l'ayant droit. La mise en danger concrète du bien de l'enfant est nécessaire, non seulement pour justifier un refus ou un retrait du droit aux relations personnelles, mais aussi pour lui imposer de se soumettre à des modalités particulières, notamment par rapport aux vacances (ATF 122 III 404, JT 1998 I 46; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 4^{ème} éd., nn. 700 et 714 ss). Le retrait de toute relation personnelle constituant l'ultima ratio, le juge devra examiner si une autre mesure moins incisive est possible. Si le risque engendré pour l'enfant par les relations personnelles peut être limité grâce à la présence d'un tiers, le droit de la personnalité et le sens des relations personnelles interdisent la suppression concrète de ce droit (TF 5C_293/2005 du 6 avril 2006 c. 3). Mais le droit de visite accompagné peut être refusé, en tout cas temporairement, pour permettre l'évaluation des dires de l'enfant dans des conditions optimales, sans influence extérieure (TF 5A_826/2009 du 22 mars 2010 c. 2.3).

3.3 A la lecture du dossier, il apparaît que le jugement de divorce du 28 mai 2002 attribuait la garde de [...] à sa mère, avec un libre droit de visite du père. En 2009 toutefois, à la suite du comportement de l'appelante, l'enfant a fait l'objet d'une évaluation pédopsychiatrique du Service de protection des mineurs du canton de Genève. Le rapport du 18 février 2009 concluait qu'"à l'heure actuelle, aucun contact avec sa mère n'est souhaitable, ni même souhaité par cette dernière [Miora]", ajoutant qu'une expertise pédopsychiatrique devrait avoir lieu afin d'"évaluer la toxicité psychologique [de l'appelante] sur sa fille". Lors de l'audience devant le tribunal tutélaire du canton de Genève du 18 mars 2009, la garde sur l'enfant était retirée à sa mère et il était renoncé à fixer un droit de visite en faveur de la

mère au vu de l'opposition de Miora. Dans un projet de convention, que K. _____ n'a pas signé, adressé par le conseil de l'intimé à l'appelante le 23 septembre 2009, il était prévu l'instauration d'un droit de visite progressif selon modalités à préconiser par le SPJ. Il apparaît toutefois que l'appelante a régulièrement sollicité la réinstauration d'un droit de visite, sous une forme ou sous une autre. En l'état du dossier, la décision de mesures provisionnelles ne prévoyant aucun droit de visite n'apparaît pas critiquable, d'une part parce que l'appelante n'a pas comparu pour expliquer ce qu'elle désirait mettre en place comme premiers contacts, d'autre part en raison du fait que l'entier des pièces du dossier démontre qu'une reprise d'un droit de visite ne saurait être instauré sans une évaluation de la situation par des spécialistes. Il convient toutefois d'ajouter que, si la décision de mesures provisionnelles peut être en l'état confirmée, il appartiendra au premier juge d'ordonner rapidement et d'office une telle évaluation selon ce qui sera estimé le plus opportun. Si l'ordonnance de preuves rendue le 24 juin 2011 renonce à toute expertise en la matière, il n'en reste pas moins que des investigations devront être ordonnées d'office (ATF 127 III 295, JT 2002 I 392 et la jurisprudence citée) et que cette question ne saurait rester en suspens très longtemps. Dès lors, ce second moyen de l'appelante doit être rejeté. 4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC. 5. Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelante peuvent être réduits à 200 fr. pour tenir compte de sa situation financière (art. 3, 6 al. 3 et 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il ne sera pas alloué de dépens. Par ces motifs, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelante K. _____. IV. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 29 août 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 : ■ Mme K. _____, ■ Me Stefan Graf (pour Q. _____). La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Mme la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois. Le greffier :