

# VD\_FINDINFO HC / 2012 / 605 vom 6. September 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-09-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_605](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2012___605)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 605 du 6 septembre 2012

IT: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 605 del 6 settembre 2012

## Regeste

ACTION EN MODIFICATION, JUGEMENT DE DIVORCE, REVENU HYPOTHÉTIQUE, OBLIGATION D'ENTRETIEN | 134 al. 2 CC, 286 al. 2 CC, 308 al. 1 CPC

## Erwägungen

### E. 1.1

Le jugement attaqué a été communiqué aux parties le 9 mai 2012, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 CPC; ATF 137 III 127; ATF 137 III 130 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC). Cela étant, la demande ayant été déposée le 28 juin 2010, c'est l'application de l'ancien droit de procédure cantonal qui doit être examinée (art. 404 al. 1 CPC), notamment les dispositions du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966). A cet égard, le président du tribunal était compétent pour statuer sur la modification de la contribution d'entretien ou des relations personnelles de l'enfant (art. 134 CC), conformément à l'art. 376 CPC-VD.

### E. 1.2

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126). En l'espèce, seul est litigieux, outre la question des frais et des dépens, le montant de la contribution d'entretien due par l'intimé. Il s'agit donc d'une cause patrimoniale (Tappy, op. cit., n. 72 ad art. 91 CPC). Capitalisée conformément au prescrit de l'art. 92 al. 2 CPC, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs. L'appel est par conséquent ouvert. Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable à la forme.

### E. 2.1

L'appel est une voie de droit offrant à l'autorité de deuxième instance un plein pouvoir d'examen. Celle-ci examine librement tous les griefs de l'appelant, qu'ils concernent les faits ou le droit. Ainsi, l'instance d'appel revoit les faits avec une cognition pleine et entière ; elle contrôle librement l'appréciation des preuves et les constatations de fait de la décision de première instance (Hohl, Procédure civile, tome II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n. 2399, p. 435). L'autorité d'appel applique le droit d'office : elle n'est pas liée par les motifs invoqués par

les parties ou par le tribunal de première instance. Son pouvoir d'examen est plein et entier (Hohl, op. cit., n. 2396, p. 435 ; Spühler, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, n. 1 ad art. 311 CPC, qui parle de « vollkommenes Rechtsmittel »).

### **E. 2.2**

Selon l'art. 318 CPC, l'appel déploie principalement un effet réformatoire, de sorte que l'autorité d'appel statue elle-même sur le fond (al. 1 let. b); par exception, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels, l'autorité d'appel peut renvoyer la cause à la première instance (al. 1 let. c ch. 1 et 2; cf. Jeandin, in CPC commenté, nn. 2 ss ad art. 318 CPC). En l'espèce, l'autorité d'appel est en mesure de statuer en réforme sur la base des pièces au dossier de première instance.

### **E. 3.1**

Dans un premier moyen, l'appelante invoque une violation du droit fédéral. Elle fait grief au premier juge d'avoir réduit la contribution due par l'intimé à l'entretien de son fils [...] à 200 fr. par mois, allocations familiales en sus. Elle fait valoir que, dans les mois qui ont précédé l'introduction de la présente action en modification de jugement de divorce, l'intimé réalisait un revenu mensuel net moyen équivalent à celui qui prévalait au moment du divorce. Elle ajoute qu'à la date de l'ouverture d'action, le 28 juin 2010, l'intimé n'était au chômage que depuis deux mois et que cette période sans emploi était trop courte pour justifier une modification importante et durable de sa situation financière. A supposer que l'on en tienne compte pour la période postérieure à l'ouverture d'action, force serait de constater qu'avant d'être réduit au RI depuis mai 2011, l'intimé a perçu des indemnités de chômage sans qu'on en connaisse le montant, faute pour celui-ci d'avoir produit les pièces requises, qu'il a au surplus fait preuve de légèreté dans ses recherches d'emploi, se privant du bénéfice des allocations de chômage pendant le délai-cadre de deux ans, qu'on ignore les revenus qu'il a pu toucher de ses diverses activités accessoires, et que de toute manière, on doit lui imputer un revenu hypothétique supérieur à celui retenu par le premier juge, qui lui permettrait de verser la contribution d'entretien pour son fils telle que fixée dans le jugement de divorce.

3.2.1 Selon l'art. 286 al. 2 CC, applicable par le renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, le père, la mère ou l'enfant peuvent, si la situation change notablement, demander au juge de modifier ou supprimer la contribution d'entretien. Cette modification ou suppression suppose que des faits nouveaux importants et durables soient survenus dans la situation du débirentier ou du crédientier – parent gardien pour la contribution d'entretien de l'enfant –, qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement de divorce. On présume que la contribution d'entretien a été fixée en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables. Le moment déterminant pour apprécier si un fait nouveau s'est produit est la date du dépôt de la demande de modification. Ce sont 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 l'on est en présence d'une situation qui s'est modifiée de manière durable et essentielle. Pour ce qui est de la contribution d'entretien des enfants, la survenance d'un fait nouveau – même important et durable – n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient en plus

déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement de divorce, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération. Le juge ne peut donc se limiter à constater que la situation d'un des parents s'est modifiée pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger s'il est nécessaire de modifier la contribution dans le cas concret (TF 5A\_562/2011 du 21 février 2012 c. 4; ATF 137 III 604 c. 4.1.1; TF 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 5.2).

3.2.2 Selon la jurisprudence, une période de chômage supérieure à quatre mois ne peut plus être considérée comme étant de courte durée. La question de savoir si la période de chômage est durable dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, en particulier de la situation économique. Le Tribunal fédéral a admis qu'une période de chômage qui s'est étendue sur une année et qui a induit une réduction de 16% des revenus du recourant par rapport à ce qu'il percevait au moment du divorce constitue un changement durable de circonstances (TF 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 4; 5A\_217/2009 du 30 septembre 2009 c. 3.2.1).

3.2.3 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes : tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une 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 qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir. 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 (ATF 128 III 4 c/bb; 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mülhauser, *Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz*, Zurich 2010; ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A\_18/2011 du 6 juin 2011 c. 3.1.1; TF 5A\_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1). Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale (ATF 137 III 118 c. 3.1; TF 5A\_588/2010

du 12 janvier 2011 c. 2.3). C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4 et les réf. citées).

### **E. 3.3**

Le premier juge a retenu que le demandeur avait été suspendu dans son droit aux indemnités de chômage pour avoir rempli à la légère ses formulaires de recherches d'emploi et indiqué que " ça s'était mal passé avec son conseiller ORP ". Il a considéré que l'instruction avait démontré que le demandeur donnait des "coups de main" à des amis, parfois contre rémunération, mais "au noir". Il en a déduit qu'il paraissait fondé et équitable de retenir à la charge du demandeur un gain hypothétique de l'ordre de 2'500 fr. par mois au moins, qui devait d'ailleurs être proche de la réalité, entre ce qu'il percevait des services sociaux et ce qu'il touchait ponctuellement en apportant son aide à droite et à gauche. Retenant que le minimum vital du demandeur devait être de quelque 1'900 fr., il a fixé la pension due mensuellement par celui-ci pour l'entretien de son fils à 200 francs. 3.4.1 En l'occurrence, la contribution telle que fixée dans la convention sur effets accessoires ratifiée par le juge du divorce s'élève à 750 fr. par mois jusqu'aux dix ans révolus de l'enfant, puis à 800 fr. par mois dès lors et jusqu'à ses quatorze ans révolus, puis à 900 fr. par mois dès lors et jusqu'à sa majorité, respectivement jusqu'à son indépendance économique ou l'achèvement d'une formation professionnelle. Au moment du divorce, en novembre 2004, l'intimé touchait une rente de l'Etat de Vaud d'environ 4'000 fr. par mois, tandis que l'appelante réalisait un salaire net de 3'300 fr. par mois pour un taux d'activité de 90%. L'intimé a perçu la rente précitée jusqu'à fin septembre 2006, puis il a vécu d'emplois temporaires avant de quitter la Suisse soi-disant définitivement en automne 2007 (il y est revenu en mars 2008). Entre-temps, l'intimé, qui affirmait vouloir s'établir au Chili, son pays d'origine, a obtenu la libération de son avoir de prévoyance, de quelque 130'000 fr., qu'il a utilisé pour régler ses dettes et couvrir ses besoins courants. 3.4.2 En outre, il ressort de l'extrait de compte individuel AVS de l'intimé, que ce dernier a été sans activité lucrative entre 2005 et 2008, mais qu'il a tout de même travaillé au service d'employeurs en 2007 et 2008. Il a ensuite travaillé pour [...] entre septembre 2009 et avril 2010. Pour les quatre premiers mois de l'année 2010, il a perçu un gain mensuel brut moyen de 4'295 fr. correspondant à un gain net de 3'166 fr. après déduction de l'impôt à la source (cette retenue n'existait pas à l'époque du jugement de divorce). On ignore en revanche quelles ont été les sources de revenus de l'intimé entre mai et août 2010 et pour les quatre premiers mois de l'année 2011. Le premier juge a retenu qu'il aurait perçu des indemnités de chômage durant les trois premiers mois de 2011, mais cela ne ressort pas des pièces au dossier, quand bien même il a rempli des fiches de recherche d'emploi pour les mois de juin 2010 à mars 2011 (jugement, p. 20). Enfin, dès le 1<sup>er</sup> mai 2011, l'intimé est au bénéfice du revenu d'insertion. 3.4.3 Comme le relève à juste titre l'appelante, lors du dépôt de la demande, le 28 juin 2010, l'intimé était sans emploi depuis deux mois. Même si la situation financière de celui-ci s'est de la sorte modifiée, la période considérée était beaucoup trop courte pour que soit réalisée la condition du changement notable et durable prescrite par l'art. 286 al. 2 CC. Le revenu que réalisait précédemment l'intimé étant équivalent à celui pris en compte lors du divorce, la demande devait être rejetée. 3.4.4 Par surabondance, si l'on veut prendre en compte la situation de l'intimé telle qu'elle s'est présentée jusqu'à l'audience de jugement, à mi-décembre 2011, il convient d'examiner dans quelle mesure il pourrait exercer une

activité lucrative et quel revenu il pourrait en retirer. Selon le jugement entrepris, l'intimé a été suspendu dans son droit aux indemnités de chômage pour avoir rempli à la légère ses formulaires de recherche d'emploi " car ça n'allait plus avec son conseiller ORP ". On ignore le montant exact desdites indemnités lorsqu'il les touchait et la durée pour laquelle il était censé les percevoir. L'appelante se fonde sur un montant correspondant à 80% d'un revenu de l'ordre de 4'200 fr., soit à 3'360 fr. par mois; le compte individuel AVS de l'intimé pour les mois de septembre à décembre 2010 fait état d'un montant total de 11'620 fr., dont on n'est pas certain qu'il corresponde à l'entier des prestations effectivement reçues. Quoiqu'il en soit, il appartenait à l'intimé, qui en avait été requis, de produire des relevés de ses revenus, y compris des indemnités de chômage qu'il a touchées apparemment depuis septembre 2010. Or, il n'a produit spontanément aucune pièce à ce propos et n'a pas donné suite à la réquisition de pièces de l'appelante dont la présidente du tribunal a ordonné la production le 12 juillet 2011, se déroband par là même à son devoir de collaborer à l'établissement des faits et à l'administration des preuves (Jeandin, CPC commenté, n. 3 ad art. 296, p. 1201). Il s'est contenté de produire en lieu et place des certificats médicaux, qui ont été considérés comme non probants par le premier juge pour des motifs dont il n'y a pas lieu de s'écarter. La réelle volonté de l'intimé de retrouver du travail apparaissant douteuse, c'est dès lors avec raison que le premier juge, eu égard à la formation, à l'âge et à la santé de l'intéressé, lui a imputé un revenu hypothétique. En l'occurrence cependant, on ignore sur quelle base le montant minimum de 2'500 fr. par mois a été retenu. Le premier juge semble l'avoir fixé "en équité", en considérant qu'il est d'ailleurs "proche de la réalité, entre ce que (l'intéressé) perçoit des services sociaux et ce qu'il touche ponctuellement en apportant son aide à gauche et à droite". Une telle manière de raisonner n'est pas correcte. En cas d'indemnité de chômage dont le versement a été suspendu par suite du comportement critiquable du bénéficiaire, on doit bien plus tenir compte de ce que l'intéressé pourrait retirer de l'exercice d'une activité pour un employeur en fonction de ses capacités (formation, âge, santé) et de l'état du marché. Or, on ne voit pas ce qui empêcherait l'intimé de réaliser aujourd'hui un gain équivalent à celui qu'il percevait à l'époque du divorce et à celui – du même ordre de grandeur – qu'il a effectivement perçu dans le cadre de son activité d'employé au service d'une entreprise de travail temporaire, avant de tomber au chômage. Le certificat médical du Dr [...] n'apparaît pas probant pour établir une incapacité de travail de longue durée. Alors même que ce médecin indiquait le 13 décembre 2011, soit deux jours avant l'audience de jugement, une incapacité rétroactive dès juillet 2011, son certificat du 12 décembre 2011 relève une incapacité depuis le 15 novembre 2011. En tout état de cause, aucun certificat n'est produit pour la période postérieure au 3 janvier 2012. Avec le premier juge, il y a lieu de relever que l'intimé se refuse à prendre le traitement antidépresseur prescrit par son médecin. Les certificats ne permettent pas de retenir que l'intimé serait dans l'incapacité de reprendre un emploi. Pour ce qui est du type d'activité, on se référera utilement aux fiches de recherche d'emploi susmentionnées, transmises par l'ORP, sur lesquelles figurent notamment les emplois de vendeur, gérant, manager, voir même courtier, ou plus simplement d'employé – l'intimé a notamment travaillé au service des Hospices cantonaux vaudois pour les années 1997/1998 –, ne requérant pas de qualifications particulières. A cela s'ajoute que le montant de la contribution modifiée auquel est parvenu le premier juge, sans aucune motivation, apparaît pour le moins choquant, compte tenu des éléments qui précèdent. Il s'ensuit que l'appel est admis.

#### **E. 4**

En conclusion, l'appel, bien fondé, doit être admis et le jugement attaqué réformé dans le sens du rejet de la demande.

#### **E. 5**

Chacune des parties a obtenu l'assistance judiciaire en première instance. Le jugement de première instance compensait les dépens. En l'occurrence, l'appelante obtient gain de cause sur les deux points litigieux devant le premier juge en sorte que des dépens de première instance doivent lui être alloués, qui peuvent être fixés à 6'000 fr., soit 1'400 fr. à titre de remboursement de frais de justice et 4'600 fr. à titre de participation aux honoraires du conseil de la défenderesse.

#### **E. 6**

L'appelante a obtenu l'assistance judiciaire en deuxième instance. Quant à l'intimé, dès lors qu'il devait se défendre contre l'appel déposé par la partie adverse, il n'y a pas lieu d'examiner si sa cause avait des chances de succès (sauf à exiger de lui qu'il adhère aux conclusions de l'appel). Au demeurant on ne saurait dire que sa position était d'emblée dépourvue de chances de succès puisqu'elle avait été suivie par le premier juge, en sorte que la requête d'assistance judiciaire de l'intimé doit être admise. Il s'ensuit que les frais judiciaires de l'intimé, qui succombe, sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). Me Lise-Marie Gonzalez Pennec, conseil de l'appelante, a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Le relevé des opérations produit le 4 septembre par la prénommée annonce 9 heures 16 à l'exercice de son mandat et 131 fr. 80 de débours. Au tarif horaire d'avocat de 180 fr. pour 9 heures de travail, l'indemnité de Me Lise-Marie Gonzalez Pennec doit être arrêtée à 1'857 fr. 60 (180 : 12 x 540) + 129 fr. 60 de TVA au taux 2011 de 8% et 100 fr. de débours + 8 fr. de TVA. Me Albert von Braun, conseil de l'intimé, a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Le relevé de ses opérations produit le 5 septembre par le prénommé, pour la période du 11 juin au 22 août 2012, qui annonce 4 heures 30 à l'exercice de son mandat et 5 fr. de débours, peut être admis. Au tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat, l'indemnité de Me Albert von Braun doit être arrêtée à 880 fr. 20 (180 : 12 x 270) + 64 fr. 80 de TVA et 5 fr. de débours + 40 ct. de TVA. En ce qui concerne enfin les dépens de deuxième instance, l'admission de l'appel justifie d'allouer à l'appelante de pleins dépens, soit 2'000 fr. (art. 95 al. 3 CPC et 9 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

#### **E. 7**

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité du conseil d'office et, en ce qui concerne l'intimé, au remboursement des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.