

# VD\_FINDINFO HC / 2015 / 112 vom 26. November 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___112)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 112 du 26 novembre 2014

IT: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 112 del 26 novembre 2014

## Regeste

ACTION EN DIVORCE, DROIT DE GARDE, EXPERTISE PSYCHIATRIQUE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, ENFANT | 133 al. 1 CC, 133 al. 2 CC, 133 CC, 157 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

a) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC. L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 CPC). Le délai d'appel est suspendu durant les fêtes judiciaires, soit en particulier du 7<sup>ème</sup> jour avant Pâques au 7<sup>ème</sup> jour qui suit Pâques inclus (art. 145 al. 1 let. a CPC). La Cour d'appel civile connaît de tous les appels formés en application de l'art. 308 CPC (art. 84 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]). b) En l'espèce, formé en temps utile – compte tenu des fêtes judiciaires – par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, 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, op. cit., JT 2010 III 135).

### E. 3

L'appelant fait valoir en premier lieu que la garde des enfants aurait dû lui être accordée. Il conteste sur ce point l'expertise réalisée par le Dr [...] et soutient que c'est à tort que sa requête de nouvelle expertise a été rejetée par le premier juge. Il reproche en particulier à l'expert d'avoir pris parti en faveur de B.H. \_\_\_\_\_ en mettant systématiquement en valeur les déclarations de celle-ci et de ne pas avoir abordé les faits à caractère sexuel évoqués dans son courrier du 18 février 2013 concernant [...]. a) Le tribunal qui ordonne une expertise ne peut pas sans autre s'écarter des conclusions de l'expert, quand celles-ci sont univoques et étayées. S'il le fait, il doit motiver un tel écart, à peine de verser dans l'arbitraire (ATF 133 II 384 et 130 I 337 ; TF 4D\_8/2008 du 31 mars 2008 ; 4A\_77/2007 du

10 juillet 2007). De tels facteurs de doute peuvent consister par exemple dans le fait que l'expertise est incohérente, qu'elle repose sur un état de fait lacunaire ou même erroné, ou encore qu'elle tient pour acquis des faits ou des preuves auxquels le tribunal accorde une valeur probante atténuée, ou le contraire (Schweizer, CPC commenté, n. 19 ad art. 157 CPC). Le tribunal peut également, à la demande d'une partie ou d'office, faire compléter ou expliquer un rapport lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé, ou faire appel à un autre expert, conformément à l'art. 188 al. 2 CPC. b) En l'espèce, il sied de rappeler tout d'abord que plusieurs professionnels se sont penchés sur la problématique de la famille au cours de la procédure et que ceux-ci sont tous parvenus aux mêmes conclusions (cf. rapport d'évaluation du SPJ du 15 mars 2010, expertise pédopsychiatre du Dr [...] du 11 octobre 2010 ; l'expertise pédopsychiatre du Dr [...] du 3 juillet 2013 ; rapport du SEJ du 26 août 2013). Quant aux comptes-rendus délivrés par [...], leur valeur probante doit être largement relativisée au regard du fait qu'ils ne sont pas signés et que leur auteur, intervenu à l'initiative privée de l'appelant, ne semble disposer d'aucun titre professionnel dans le domaine concerné. On relève également que ce n'est pas la première fois que l'appelant conteste une expertise : il avait déjà contesté celle du Dr [...] lors d'un précédent appel à l'encontre du premier prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale attribuant la garde des enfants à B.H.\_\_\_\_\_. Le juge délégué CACI avait alors examiné les griefs de l'appelant à l'encontre de cette expertise et avait rejeté l'appel. L'analyse des premiers juges s'agissant de l'attribution de la garde à B.H.\_\_\_\_\_ ne prête pas le flanc à la critique. Ceux-ci ont en effet relevé, à juste titre, que tous les intervenants avaient unanimement retenu que A.H.\_\_\_\_\_ faisait preuve d'un comportement disqualifiant et irrationnellement méfiant à l'égard de son épouse. En revanche, ils ont tous mis en évidence le fait que B.H.\_\_\_\_\_ avait su rester adéquate tant avec ses enfants qu'avec son mari, nonobstant les attaques et critiques dont elle était la cible. Le jugement entrepris relève encore que l'appelant a systématiquement douté de la partialité et du professionnalisme des experts et autres intervenants, ce qu'il démontre d'ailleurs encore une fois dans le présent appel. Toutefois, comme l'ont retenu les premiers juges, aucun élément objectif ne permet de remettre en cause leur intégrité, la qualité de leur travail et la pertinence de leur analyse, ce qui peut être confirmé une nouvelle fois ici s'agissant de l'expertise [...]. Ce grief doit ainsi être rejeté.

#### **E. 4**

L'appelant soutient ensuite que les premiers juges n'auraient pas dû retenir un revenu hypothétique à son égard compte tenu de sa bonne volonté et de ses difficultés à se réinsérer sur le marché au vu de son âge et de son absence de formation professionnelle. Il fait valoir, à titre subsidiaire, que le choix de chauffeur-livreur préconisé par les premiers juges n'était pas motivé et que le montant de 4'000 fr. retenu par les premiers juges à titre de salaire hypothétique était dans tous les cas excessif. a) 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 – cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) – 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 (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1; TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.3, in FamPra.ch 2012 p. 1099; TF 5A\_748/2012 du 15 mai 2013 c. 4.3.2.1). 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 c. 3.1; ATF 128 III 4 c. 4c/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 (<http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch/Pages/SalariumWizard.aspx?lang=fr>), ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlhauser, *Das Lohnbuch 2014, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz*, Zurich 2014; ATF 137 III 118 c. 3.2, JT 2011 II 486; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604; TF 5A\_860/2011 du 11 juin 2012 c. 4.1), pour autant qu'ils soient pertinents par rapport aux circonstances d'espèce (TF 5A\_112/2013 du 25 mars 2013 c. 4.1.3). Il peut certes aussi se fonder sur l'expérience générale de la vie; toutefois, même dans ce dernier cas, les faits qui permettent d'appliquer des règles d'expérience doivent être établis (TF 5A\_152/2013 du 16 octobre 2013 c. 3.2.2). De manière générale, on peut retenir que 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). En présence de conditions financières modestes et s'agissant du calcul de la contribution envers un enfant mineur, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier. Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1, JT 2011 II 486; TF 5A\_21/2012 du 3 mai 2012 c. 3.3). Les parents doivent ainsi s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuiser de manière maximale leur capacité de travail, en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur (ATF 137 III 118 c. 3.1; TF 5A\_513/2012 du 17 octobre 2012 c. 4; TF 5A\_587/2013 du 26 novembre 2013 c. 6.1.1). b) En l'espèce, l'appelant, bien qu'il n'ait pas de formation, a 47 ans et est en bonne santé. Compte tenu de la situation financière précaire des parties, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de sa capacité de gain. Dans un tel contexte, l'argument soulevé par l'appelant consistant à dire que son travail de chauffeur de taxi lui plaît et que ce serait un trop grand choc de changer d'emploi est sans pertinence, les besoins vitaux de ses enfants étant prioritaires. Compte tenu de ses obligations d'entretien, il y a dès lors lieu d'admettre que l'on peut exiger de lui qu'il élargisse ses recherches à d'autres activités que celles de chauffeur de taxi, par exemple comme chauffeur-livreur, et que partant un revenu hypothétique doit lui être imputé. Cela étant, au vu des circonstances, en particulier du fait

que l'intéressé a, en accord avec son épouse, mis entre parenthèses sa profession lorsque le couple vivait encore ensemble, et qu'il n'a pas de formation particulière, on ne peut s'en tenir qu'aux bas salaires de la catégorie des chauffeurs-livreurs. Selon les données de l'enquête sur la structure des salaires 2010 (données obtenues sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique), celui-ci s'élève au moins à 3'890 fr. brut. En tenant compte des charges sociales estimées entre 12 et 15%, on peut admettre que A.H. \_\_\_\_\_ est à même de réaliser un revenu net mensuel de 3'400 francs. c) En fixant les contributions d'entretien globales à 25% du revenu hypothétique retenu, comme l'a fait le premier juge et qui n'est pas contesté en appel, on parvient à un montant de 425 fr. par enfant jusqu'à l'âge de dix ans révolus, 475 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de 15 ans révolus et 525 fr. dès lors et jusqu'à la majorité et, au-delà, jusqu'à l'achèvement de la formation professionnelle, aux conditions de l'article 277 alinéa 2 CC. L'appel doit donc être partiellement admis sur ce point.

## **E. 5**

L'appelant reproche également aux premiers juges d'avoir retenu que sa compagne contribuait pour moitié au loyer et de ne pas avoir pris en compte dans ses charges les impôts et le montant de 100 fr. versé mensuellement à titre de remboursement de l'assistance judiciaire. Il fait également valoir que son minimum vital aurait dû être augmenté de 20%, conformément à la pratique judiciaire. Or, en tenant compte de ces éléments dans le calcul de ses charges incompressibles, son minimum vital ne serait plus garanti s'il devait verser une contribution d'entretien en faveur de ses enfants. a) aa) Dans la fixation de l'entretien, il faut dans tous les cas laisser au débiteur l'intégralité de son minimum vital (TF 5A\_432/2011 du 20 septembre 2011 c. 3.5.2, FamPra.ch.2012 p. 212), d'où la nécessité, pour le juge, de déterminer les charges incompressibles du débiteur. bb) Il est admissible de retenir en principe une participation à la charge du concubin de la moitié du loyer, même si ses revenus sont inférieurs, dès lors qu'en application des directives relatives aux normes d'insaisissabilité, le concubinage implique le partage au prorata du loyer, indépendamment de la répartition effective de ces coûts entre les concubins (CACI 7 janvier 2013/7; ATF 138 III 97c. 2.3.2, JT 2012 II 479). cc) Lorsque la situation des parties est serrée, les impôts courants et arriérés n'entrent pas dans le minimum vital du débiteur (ATF 140 III 337 c. 4.4). Si les moyens des parties sont limités par rapport aux besoins vitaux, il n'y a pas lieu de prendre en considération les impôts courants, qui ne font pas partie des besoins vitaux (ATF 127 III 289 c. 2a/bb, 126 III 353 c. 1a/aa), ni les arriérés d'impôts (ATF 140 III 337 c. 4.4). Ce principe s'applique non seulement pour les contributions d'entretien dues dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (TF 5A\_302/2011 du 30 septembre 2011 c. 6.3.1; TF 5A\_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.2.3), mais aussi pour les pensions dues pour l'entretien des enfants et du conjoint après divorce (TF 5A\_332/2013 du 18 septembre 2013 c. 4.1 et réf.). Quant à la franchise mensuelle de l'assistance judiciaire, elle doit être prise en compte que lorsque la situation des parties ne peut être qualifiée de serrée (Juge délégué CACI 9 août 2013/395). dd) Finalement, la majoration forfaitaire de 20%, opérée sous l'ancien droit du divorce en relation avec les pensions alimentaires au sens de l'art. 152 aCC, qui ne portait au demeurant que sur la seule base mensuelle et non sur les autres postes du minimum vital (ATF 129 III 385 c. 5.2.2.) – ne se justifie en principe plus en droit actuel (TF 5A\_229/2013 du 25 septembre 2013 c. 5.2 ; TF 5A\_673/2011 du 11 avril 2012 c. 2.3.2). b) Au vu de la jurisprudence précitée et considérant qu'en l'espèce on est en présence d'une situation financière serrée, l'analyse des premiers juges doit être entièrement confirmée s'agissant du calcul des charges incompressibles de l'appelant, de sorte que les griefs de l'appelant

doivent être rejetés.

#### **E. 6**

En définitive, l'appel de A.H. \_\_\_\_\_ est partiellement admis. En conséquence, le chiffre VII du dispositif du jugement doit être modifié en ce sens que A.H. \_\_\_\_\_ est astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants par le versement, pour chacun d'eux, d'une pension mensuelle de 425 fr. par enfant jusqu'à l'âge de dix ans révolus, 475 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de 15 ans révolu et 525 fr. dès lors et jusqu'à la majorité et, au-delà, jusqu'à l'achèvement de la formation professionnelle, aux conditions de l'article 277 alinéa 2 CC.

#### **E. 7**

a) Les premiers juges ont mis les frais de justice de première instance, arrêtés à 10'750 fr., à la charge de A.H. \_\_\_\_\_, tout en précisant qu'ils seraient dans l'immédiat supportés par l'Etat en raison de l'assistance judiciaire octroyée (X), et dit que A.H. \_\_\_\_\_ est le débiteur de B.H. \_\_\_\_\_ et lui doit paiement de 12'667 fr. 80 à titre de dépens (XI). Ils ont considéré en substance que le montant des frais judiciaires comprenaient 3'000 fr. d'émolument forfaitaire pour le jugement de divorce (art. 54 al. 1<sup>er</sup> TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RS 270.11.5]), deux émoluments forfaitaires de 400 fr. chacun pour les mesures provisionnelles (art. 61 al. 1<sup>er</sup> TFJC), 200 fr. pour l'audition de deux témoins (art. 87 al. 1<sup>er</sup> TFJC), 200 fr. pour la décision incidente rendue à l'audience de jugement et 6'550 fr. pour l'expertise pédopsychiatrique conduite par le Dr [...], que B.H. \_\_\_\_\_ avait obtenu gain de cause, à tout le moins sur le principe, sur l'ensemble des conclusions encore litigieuses et que, pour sa part, A.H. \_\_\_\_\_ avait persisté à maintenir jusqu'au terme du procès des conclusions qui paraissaient pourtant vouées à l'échec. L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir mis à sa charge l'entier des frais. Il soutient qu'une partie importante du litige a pu faire l'objet d'une transaction, les seuls points litigieux étant la garde et la pension, et conteste le montant des frais d'expertise et celui relatif à la décision incidente prise sur le siège. b) Contrairement à ce que l'appelant soutient, la partie importante du litige a précisément concerné la question de la garde et également la pension, de sorte que ce sont ces points précisément qui ont donné lieu aux frais importants, l'appelant ayant multiplié les procédures à cet égard. Par ailleurs, les montants de frais de 200 fr. pour une décision incidente et de 6'550 fr. pour une expertise paraissent appropriés. c) Compte tenu de l'issue de l'appel, très partiellement admis, la répartition des frais judiciaires et l'allocation des dépens de première instance doivent toutefois être réexaminés. Dès lors que l'appelant a obtenu une réduction minimale de 15% de la pension due – dont le montant est légèrement inférieur aux conclusions de l'intimée en première instance (soit 600 fr. jusqu'à dix ans révolus, 650 fr. jusqu'à 15 ans révolus, puis 700 fr.) – , mais qu'il succombe entièrement sur tous les autres points, en particulier au sujet de la garde qui constitue la question essentielle du litige, il se justifie de mettre les frais de justice de première instance à hauteur de 9/10 à la charge de A.H. \_\_\_\_\_ et de 1/10 à la charge de B.H. \_\_\_\_\_, sous réserve de l'assistance judiciaire, et d'allouer à B.H. \_\_\_\_\_ des dépens réduits de 2/10, calculés sur les honoraires de son seul conseil, qui s'élèveront ainsi désormais à 10'134 fr. 20.

#### **E. 8**

a) Par décision du 10 octobre 2014, l'appelant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 23 septembre 2014 pour la procédure d'appel. Le dispositif du présent arrêt, notifié aux parties le 26 novembre 2014, doit ainsi être rectifié en ce sens que

son chiffre III, qui octroie l'assistance judiciaire à A.H. \_\_\_\_\_ avec effet au 15 août 2014 et désigne Me Lattion en qualité de défenseur d'office, est supprimé conformément à l'art. 334 al. 1 CPC et afin d'éviter des décisions contradictoires. b) Vu l'issue de l'appel, la répartition des frais de deuxième instance sera identique à celle retenue pour la première instance. Ainsi, les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC), seront répartis à raison de 9/10, soit 540 fr., pour l'appelant, et de 1/10 pour l'intimée, soit 60 francs. Ils seront toutefois laissés à la charge de l'Etat s'agissant de l'appelant, à qui l'assistance judiciaire a été octroyée en appel. En outre, l'intimée aura droit à des dépens réduits de 2'000 fr. à la charge de l'appelant. c) Me Renaud Lattion, conseil de l'appelant, a indiqué dans sa liste d'opérations qu'il avait consacré 14 heures et 30 minutes au dossier d'appel. La cause n'est certes pas évidente, mais elle ne saurait justifier le temps annoncé, étant entendu que l'avocat d'office connaissait déjà le dossier de première instance et ne doit être rétribué que pour les activités strictement nécessaires à la défense de son client. Dès lors que la liste de frais produite contient les opérations effectuées mais ne détaille pas le temps consacré à chacune d'elles, il n'est pas possible de déterminer pour quelles opérations en particulier le temps consacré ne se justifie pas. Compte tenu de ces circonstances, il paraît adéquat de fixer à 11 heures le temps rémunéré par l'Etat. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Lattion doit être fixée à 1'980 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 38 fr. 20 et la TVA sur le tout par 161 fr. 45, soit 2'179 fr. 60 au total, arrondi à 2'180 francs. d) Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de la part des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

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