VD_FINDINFO HC / 2016 / 1179 vom 18. Januar 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-01-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2016___1179

FR: VD_FINDINFO HC / 2016 / 1179 du 18 janvier 2017

IT: VD_FINDINFO HC / 2016 / 1179 del 18 gennaio 2017

Regeste

DIVORCE, MODIFICATION DES CIRCONSTANCES, MESURE PROVISIONNELLE | 129 al. 1 CC

Erwägungen

E. 1.1

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). Les ordonnances de mesures provisionnelles sont régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales. L’appel, écrit et motivé, doit ainsi être introduit auprès de l’instance d’appel dans les dix jours (art. 311 CPC) à compter de la notification de la motivation (art. 239 CPC).

E. 1.2

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant le Tribunal de première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable. Un membre de la Cour d’appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l’union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

E. 2.1

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 (JT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

E. 2.2.1

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). 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 (JT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées). Le plaideur qui entend invoquer des pseudo nova devant l'instance d'appel doit démontrer qu'il a fait preuve la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (TF 5A_445/2014 consid. 2.1 ; TF 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2). L'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque, comme en l'espèce, la maxime inquisitoire est applicable et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. L'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire ne saurait en soi être qualifiée de manifestement insoutenable, l'arbitraire ne résultant pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable, même concernant les contributions envers des enfants mineurs (TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2 , RSPC 2014 p. 456, qui souligne que la question de principe n'a pas été tranchée ; TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2).

E. 2.2.2

En l'espèce, les pièces 3 et 4 de l'appelant sont recevables en tant qu'elles sont postérieures à l'audience de mesures provisionnelles du 3 octobre 2016. En revanche, l'appelant n'indiquant pas en quoi il aurait été empêché de produire la pièce 5 en première instance (la dernière prestation médicale remboursée qui y figure date du 2 mai 2016), cette dernière n'est pas recevable.

E. 3.1

Invoquant la constatation inexacte des faits, l'appelant reproche au premier juge d'avoir retenu que ses revenus correspondaient aux indemnités journalières brutes servies par l'assurance chômage, de lui avoir imputé la moitié des charges relatives au logement, à l'assurance-maladie pour [...] et à la base pour cet enfant alors que la proportion des revenus du couple dictait une répartition différente, d'avoir ignoré que ses primes d'assurance-maladie allaient augmenter dès janvier 2017 et d'avoir refusé d'inclure dans ses charges incompressibles ses frais de transport, en particulier de leasing, largement supérieurs aux 150 fr. retenus au titre de frais de recherche d'emploi. Il relève qu'en raison de ses graves problèmes de santé, il n'est plus en état de travailler dans le domaine de la restauration et qu'il effectue des démarches auprès de l'assurance-invalidité en vue d'une réinsertion professionnelle. L'appelant fait enfin grief au premier juge d'avoir considéré qu'il n'avait pas rendu vraisemblable, conformément à l'art. 261 al. 1 let. b CPC, que le maintien durant le procès en modification des contributions à l'entretien de son fils et de sa première épouse mises à sa charge par la décision exécutoire du 26 avril 2011 ne lui causaient pas un préjudice difficilement réparable.

E. 3.2

L'art. 129 al. 1 CC règle les modifications ultérieures de la contribution d'entretien par le juge. Selon les circonstances du cas, si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la contribution pourra donc être diminuée, suspendue ou supprimée (al. 1), adaptée au renchérissement (al. 2) ou augmentée (al. 3). Conformément à l'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, la contribution d'entretien due à un enfant peut être modifiée ou supprimée, à la demande du père, de la

mère ou de l’enfant, si la situation change notablement. La réduction ou la suppression peut intervenir en cas d’amélioration de la situation économique du bénéficiaire comme en cas de péjoration de celle du débiteur (TF 5A_769/2009 du 5 mai 2010 c. 2.1.2). Cette modification ou suppression n’est toutefois possible que si les circonstances ayant prévalu lors de la fixation de la contribution ont subi un changement notable et durable qui n’a pas été pris en compte dans le jugement de divorce. L’application de l’art. 286 al. 2 CC ne dépend pas de la prévisibilité des faits invoqués à l’appui de la demande en modification ou en suppression de la pension (TF 5A_353/2007 du 23 octobre 2007 c. 2.1 ; TF 5C.214/2004 du 16 mars 2005 c. 2.1). La procédure de modification n’a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l’adapter aux circonstances nouvelles. Ainsi, le juge de la modification sera lié par les faits constatés à l’époque et devra prendre ces faits comme point de départ de la comparaison, même si ceux-ci ne correspondaient pas, au moment de la convention ou du précédent jugement, à la réalité (TF 5C.27/2004 du 30 avril 2004 c. 3.4 ; ATF 117 II 359 c. 6). L’art. 276 CPC permet au tribunal d’ordonner les mesures provisionnelles nécessaires dans le cadre d’une procédure de divorce. Si l’art. 276 CPC s’applique parfois en dehors des procès en divorce, notamment, vu le renvoi des art. 294 al. 1 et 307 CPC, dans le cadre d’une annulation de mariage, d’une séparation de corps ou d’une dissolution judiciaire d’un partenariat enregistré, sa transposition dans le cadre d’une action en modification de jugement de divorce est plus délicate (Tappy, CPC commenté, nn. 7 et 8 ad art. 276 CPC). Aussi, le Tribunal fédéral n’admet que restrictivement, seulement en cas d’urgence et de situation économique précaire, la possibilité de mesures provisionnelles ; il peut ainsi être exigé du demandeur à une action en modification du jugement de divorce qu’il attende l’issue du procès et, jusque-là, s’acquitte des prestations mises à sa charge par une décision exécutoire et entrée en force, les droits accordés par cette décision à la partie adverse devant être protégés et prévaloir sur les siens (ATF 118 II 228 c. 3b ; ATF 89 II 12, JT 1963 I 516). Cette jurisprudence a été confirmée sous l’empire du CPC fédéral, applicable depuis le 1 er janvier 2011 (TF 5A_732/2012 du 4 décembre 2012 c. 3.2). Vu ces caractéristiques différentes, il serait pour Tappy préférable de considérer que d’éventuelles mesures provisionnelles dans le cadre d’une action en modification du jugement de divorce devant le juge ne sont soumises qu’aux règles ordinaires concernant la protection provisionnelle, notamment les art. 261ss CPC (Tappy, op. cit., n. 8 ad art. 276 CPC). Aux termes de l’art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu’une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : (a) elle est l’objet d’une atteinte ou risque de l’être ; (b) cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable. A teneur de l'art. 285 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère (TF 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1). 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 hypothétique, 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 (TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes : il doit avant tout 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 cependant 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 (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 ; TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.3, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF 5A_748/2012 du 15 mai 2013 consid. 4.3.2.1). Ensuite, le juge 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 (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 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 (convention collective de travail ; Mühlhauser, Das Lohnbuch 2014, Mindestlöhne sowie orts – und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2014 ; ATF 137 III 118 consid. 3.2, JdT 2011 II 486 ; TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604 ; TF 5A_860/2011 du 11 juin 2012 consid. 4.1), pour autant qu'elles soient pertinentes par rapport aux circonstances d'espèce (TF 5A_112/2013 du 25 mars 2013 consid. 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 les règles d'expérience doivent être établies (TF 5A_152/2013 du 16 octobre 2013 consid. 3.2.2). Même constatée médicalement, une incapacité de travail ne donne pas encore droit à une rente de l’assurance-invalidité. Pour que l’on puisse tenir compte d’une telle rente sous l’angle d’un revenu hypothétique, il faut que le droit à l’obtenir soit établi ou, à tout le moins, hautement vraisemblable (TF 5A_51/2007 du 24 octobre 2007 consid. 4.3.2 ; TF 5A_757/2013 du 14 juillet 2014 consid.3.2). Le fait qu'un débirentier bénéficie actuellement d'un revenu d'insertion 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 social ; 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 (TF 5A_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.2 ; ATF 137 III 118 consid. 3.1 ; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.3). C'est pourquoi l'octroi d'un revenu d'insertion depuis plusieurs années 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_724/2009 du 26 avril 2010 consid. 5.3, publié in FamPra.ch 2010 p. 673). 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 d'entretien dues (Burgat, Le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011; Juge délégué CACI 15 août 2012/382).

E. 3.2.3

En l’espèce, selon les considérants du jugement de divorce, l’appelant percevait un salaire mensuel net de 3'400 francs. Licencié au mois de mars 2016 pour le 31 juillet suivant, il

s’est inscrit au service de l’emploi dès le 15 juillet 2016 tout en effectuant des démarches auprès de l’AI en vue d’une réinsertion professionnelle. Depuis le 1 er août 2016, il bénéficie d’indemnités de l’assurance chômage, lesquelles lui procurent un revenu net moyen 3'594 fr. 15, et il est père d’un enfant né le [...] 2016. Certaines charges invoquées par l’appelant sont excessives et ne sauraient participer à l’établissement de son minimum vital. Il en va ainsi des frais de leasing pour un véhicule neuf, lesquels sont supportés uniquement par sa nouvelle épouse, seule signataire du contrat avec l’institut de leasing. Quant à ses charges incompressibles, qui totalisent 2'405 fr. par mois (850 fr [1/2 base mensuelle], 667 fr. [1/2 loyer], 200 fr. [1/2 base mensuelle enfant], 150 fr. [frais de recherche d’emploi], 380 fr. [prime LAMal 2017], 100 fr. [frais médicaux] et 58 fr. [1/2 prime LAMal enfant], elles lui laissent un disponible de 1'189 fr. 15 par mois (3'594.15 – 2’405), lequel suffit à servir à l’intimée et à son fils les contributions fixées. Dès lors, sous l’angle de la vraisemblance, la situation financière de l’appelant ne paraît pas plus défavorable que celle qui prévalait lors de son divorce, les indemnités servies par l’assurance-chômage, d’un montant net de 3'594 fr. et non de 3'924 fr. comme retenu par le premier juge, étant légèrement supérieures, de quelques dizaines de francs, au salaire pris en compte par le juge du divorce. En outre, même si l’appelant supporte désormais la moitié de l’entretien et de la prime d’assurance-maladie de sa fille, ses charges sont désormais réduites dans une large mesure en raison de sa cohabitation avec sa nouvelle épouse, seule signataire du contrat avec l’institut de leasing. Pour le surplus, l’appelant tente de remettre en cause le jugement de divorce s’agissant de la capacité de gains de son épouse, ce qui n’est pas admissible. En tout état de cause, l’appelant ne rend pas vraisemblable, conformément à l’art. 261 al. 1 CPC, que la contribution d’entretien telle qu’arrêtée par le juge du divorce risque de lui causer un préjudice difficilement réparable pendant la durée du procès en modification du jugement de divorce. Une diminution des contributions d’entretien due à son fils et à son ex-épouse ne se justifie donc pas à ce stade, de sorte que la requête de mesures provisionnelles de l’appelant du 13 septembre 2016 doit être rejetée. Il s’ensuit que l’appréciation du premier juge peut être confirmée.

E. 4

Il résulte de ce qui précède que l’appel est rejeté et l’ordonnance entreprise confirmée. Les griefs invoqués par l’appelant ne paraissant pas d’emblée dépourvus de toute matérialité et les conditions de l’art. 117 CPC étant réunies, il y a lieu d’accorder à N._____ le bénéfice de l’assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance (art. 119 al. 5 CPC) comprenant l’assistance d’un avocat en la personne de Me Anne-Rebecca Bula. Vu la nature du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l’Etat en raison de l’octroi de l’assistance judiciaire. En sa qualité de conseil d’office de l’appelant, Me Bula a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d’appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). L’indemnité d’office est fixée en considération de l’importance de la cause, de ses difficultés, de l’ampleur du travail et du temps consacré par le conseil juridique ; le juge apprécie à cet égard l’étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès (art. 3 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l’assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.03]). Dans son relevé des opérations et débours du 17 janvier 2017, le conseil précité a annoncé avoir consacré 5.53 heures de travail à la procédure de deuxième instance. Les « mémo » et préparation, respectivement confection d’un bordereau de pièces ne peuvent pas être pris en considération à titre d’activité déployée par l’avocat, s’agissant de

pur travail de secrétariat (Juge unique CREP 2 juin 2014/379 consid. 3B ; Juge unique CREP 6 mai 2014/310 consid. 2b) ; pour le reste, la liste détaillée des opérations ne comporte aucun procédé superflu et la durée d'activité s'avère adéquate. Quant aux débours, l'avocat indique un montant de 47 fr. 70. Les photocopies sont comprises dans les frais généraux et doivent être exclues des débours (CREC 14 novembre 2013/377). On s'en tiendra à un montant de 15 fr., hors TVA. Au vu de ce qui précède, l'indemnité de Me Bula sera de 1'053 fr., soit 975 fr. pour ses honoraires et débours ([180 fr. x 5.20 heures] = 960 fr. + 15 fr.]), TVA au taux de 8% par 78 fr. en sus. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire sera, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat. L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance. Par ces motifs, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant N._____ est admise, Me Anne-Rebecca Bula étant désignée comme conseil d'office de l'appelant. IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'appelant N._____, sont laissés à la charge de l'Etat. V. L'indemnité d'office de Me Anne-Rebecca Bula, conseil de l'appelant N._____, est fixée à 1'053 fr. (mille cinquante-trois francs), TVA et débours compris. VI. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire sera, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat. VII. L'arrêt est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à : ■ Me Anne-Rebecca Bula (pour N._____), ■ Me Henriette Dénéréaz Luisier (pour M._____), et communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. 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 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). Le greffier :

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