

## **VD\_GERICHTE PD15.029829 vom 29. Januar 2016**

VD Tribunal cantonal, 2016-01-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PD15.029829](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PD15.029829)

FR: VD\_GERICHTE PD15.029829 du 29 janvier 2016

IT: VD\_GERICHTE PD15.029829 del 29 gennaio 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 43**

consid. 2 et les réf. citées).

- 10 - La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, notamment en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2e éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral, après avoir considéré que cette interprétation de la loi était dépourvue d'arbitraire (TF 5A\_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 4.2, in RSPC 2012 p. 231 ; cf. aussi TF 5A\_609/2011 du 14 mai 2012 consid. 3.2.2, qui ne tranche pas la controverse, l'appelant n'ayant pas fait valoir que le premier juge n'aurait pas instruit conformément à la maxime inquisitoire), l'a définitivement confirmée dans l'ATF 138 III 625 consid. 2.2. On doit donc retenir que 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 la maxime inquisitoire est applicable, et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que l'existence d'une procédure simplifiée implique logiquement qu'elle doit être plus rapide et plus expédiente. Il serait paradoxal qu'elle soit en réalité plus difficile parce que le plaideur négligent pourrait faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 consid. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet). Il n'est pas arbitraire d'appliquer strictement l'art. 317 CPC dans les litiges auxquels la maxime inquisitoire, même concernant des contributions envers les enfants (TF 5A\_2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; TF 5A\_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2, RSPC 2014 p. 436, TF 5A\_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2). Les pièces produites par l'appelante sont irrecevables, dans la mesure où elles ne figuraient pas déjà au dossier de première instance, l'appelante ne démontrant pas que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC soient réalisées.

- 11 - 2.3 L'appelante a requis production, à titre de mesure d'instruction, de l'intégralité du dossier AI de l'intimé. Il lui appartenait de faire cette réquisition devant l'autorité de première instance. Le fait qu'elle se soit réservé de solliciter la production de l'entier du dossier par courrier au président du 13 novembre 2015, d'ailleurs dans le cadre de l'instruction au fond, postérieurement à la clôture de l'instruction de la requête de mesures provisionnelles, est insuffisant et sa requête doit être rejetée, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étant pas réalisées. 3. Invoquant la violation du droit ainsi que la constatation inexacte des faits, l'appelante reproche au premier juge d'avoir renoncé à imputer un revenu hypothétique à l'intimé au motif que celui-ci avait simplement traversé un passage à vide,

qu'il s'était rapidement ressaisi et qu'il avait repris contact avec l'Office AI, démontrant par là-même qu'il ne se complaisait pas dans l'oisiveté. Tout en admettant que l'intimé n'est pas en mesure d'exercer une activité lucrative, l'appelante soutient que les règles sur le revenu hypothétique doivent s'appliquer compte tenu du fait que celui-ci a provoqué fautivement la suppression de son droit à la rente et que l'on devrait tenir compte, à titre de revenu hypothétique, des rentes qu'il devrait percevoir à la suite du dépôt de la nouvelle requête AI. Elle souligne que le nouveau droit à l'assurance-invalidité prendra naissance au plus tôt après un délai d'attente d'au moins six mois suivant le dépôt de la demande (art. 29 al. 1 LAI [Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-Invalidité ; RS 831.20]) et qu'il serait choquant qu'elle doive palier aux manquements fautifs de l'intimé durant au moins six mois, ainsi que durant toute la procédure visant à ce que ce dernier perçoive à nouveau les rentes auxquelles il a droit. 3.1

- 12 - 3.1.1 Les mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification de jugement de divorce sont des mesures d'exécution anticipée et non des mesures de réglementation. Elles constituent au demeurant des mesures incidentes au sens de l'art. 93 LTF (Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110) et non des décisions finales au sens de l'art. 90 LTF (TF 5A\_732/2012 du 4 décembre 2012 consid. 3.2 ; ATF 130 I 347 consid. 3.2 ; Bohnet, note in RSPC 2012 p. 313). C'est ainsi qu'elles ne doivent être prononcées que restrictivement et en cas d'urgence sur la base de circonstances de fait liquides, qui permettent d'évaluer de manière suffisamment fiable l'issue prévisible du procès au fond (TF 5P\_415/2004 du 5 janvier 2005 consid. 3.1 ; TF 5P\_349/2001 du 6 novembre 2001 consid. 4 et TF 5P\_269/2004 du 3 novembre 2004 consid. 2 ; ATF 118 II 228), jurisprudence qui reste applicable sous l'empire du CPC (Tappy, CPC commenté, n. 8 ad art. 276 CPC ; Juge délégué CACI 18 juin 2012/278). 3.1.2 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-

- 13 - 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 berufsubbliche 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). Même en cas de réduction de la capacité contributive avec intention de nuire, il ne peut être imputé un revenu hypothétique à l'époux

- 14 - agissant de mauvaise foi que si la diminution de ses capacités est réversible (TF 5A\_34/2015 du 29 juin 2015 consid. 7.1.1, FamPra.ch 2015 p. 931 ; ATF 128 III 4 consid. 4a). 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). 3.2. En l'espèce, l'appelante admet expressément que l'intimé n'est pas en mesure d'exercer une activité lucrative et plaide uniquement qu'il y aurait lieu de tenir compte, à titre de revenu hypothétique, des rentes AI qui devraient être allouées à l'intéressé. Or, le fait que l'intimé ait provoqué fautivement la suppression de la rente AI (sans qu'il soit

- 15 - d'ailleurs établi qu'il ait agi dans l'intention de nuire à l'appelante, dès lors qu'il est également lui-même touché par cette suppression) n'est pas déterminant. Il s'agit de savoir si cette situation est réversible, l'appelante admettant elle-même que la rétroactivité en cas

de nouvelle rente AI ne pourrait être que partielle. Il faut dès lors retenir que, pour la période non touchée par la rétroactivité, la situation ne sera pas réversible. L'intimé a d'ores et déjà entrepris des démarches pour obtenir à nouveau une rente, ce que l'Office AI a confirmé le 3 novembre 2015 en déclarant que l'assuré avait déposé une nouvelle demande de prestations le 27 avril 2015, laquelle était en cours d'instruction. Ainsi, contrairement à ce que plaide l'appelante, il ne saurait être reproché au premier juge une constatation inexacte des faits sur ce point. Pour le surplus, de deux choses l'une : soit une décision de rente sera rendue, cas échéant partiellement rétroactive, et le régime prévu par la convention ratifiée pour valoir jugement de divorce prévaudra, y compris à l'égard de l'éventuel rétroactif, soit l'Office AI rendra une décision de refus de rente et, dans cette hypothèse, il faudrait constater que la situation ne sera pas réversible. En l'état, il ne peut pas être retenu que le droit à la rente est établi ou, à tout le moins hautement vraisemblable, cette circonstance ne résultant pas du seul fait que l'appelante admet que l'intimé n'est pas en mesure d'exercer une activité lucrative. A cet égard, le premier juge a considéré qu'il n'était pas exclu que l'intimé perçoive de nouveau une rente et c'est à tort que l'appelante soutient que le président n'a pas mis en doute le fait que l'intimé percevra très certainement à l'avenir une rente de l'assurance-invalidité. Les conditions restrictives pour des mesures provisionnelles constituant des mesures d'exécution anticipée (cf. supra consid. 3.1.1), ne sont ainsi pas réalisées et c'est à juste titre que le premier juge a rejeté la requête. Certes, comme le relève l'appelante, le fait de retenir chez l'intimé un revenu hypothétique lui permettrait de s'adresser au BRAPA. Cet argument demeure sans pertinence, le bureau de recouvrement ne pouvant intervenir que si une contribution est justifiée du point de vue des règles du droit civil, de sorte que la contribution ne saurait être fixée dans le seul but de permettre une intervention du BRAPA.

- 16 - Il s'ensuit que l'appréciation du premier juge, qui repose sur des éléments objectifs, doit être confirmée. 4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée. L'autorité supérieure arrête elle-même les frais et dépens de deuxième instance. A teneur de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais – qui comprennent selon l'art. 95 al. 1 CPC les frais judiciaires et les dépens – sont mis à la charge de la partie succombante (art. art. 106 al. 1 CPC ; Juge délégué CACI 17 juin 2014/334 consid. 5). Dès lors toutefois que l'intimé a provoqué fautivement, par son manque de collaboration, la suppression de la rente d'assurance-invalidité qui lui était versée, il peut être dérogé, pour des motifs d'équité, aux règles usuelles en matière de frais, d'autant que le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC). Ainsi 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]) seront mis par 300 fr. à la charge de chacune des parties, mais laissés à la charge de l'Etat, et les dépens seront compensés. En sa qualité de conseil d'office de l'appelante, Me Michèle Meylan a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. 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. 2 al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.03]). Dans son relevé des opérations du 28 janvier 2016, Me Michèle Meylan indique avoir consacré 9 heures, dont il convient de retrancher 1 heure pour les « opérations futures » et 1 heure pour la rédaction de l'appel (compte tenu de la connaissance du dossier, le temps consacré à celle-ci paraît exagéré). Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité d'office de Me Michèle Meylan doit être arrêtée

- 17 - à 1'260 fr. (180 fr. x 7). Au chapitre des débours, l'avocate indique un montant de 28 fr. de photocopies ; celles-ci sont comprises dans les frais généraux et doivent être exclues des débours (CREC 14 novembre 2013/377). On s'en tiendra donc à un forfait de 19 fr. (47 - 28). L'indemnité totale de Me Michèle Meylan est ainsi de 1'381 fr. 30, soit 1'279 fr. pour ses honoraires et débours, TVA par 102 fr. 30 en sus, arrondie au montant de 1'382 francs. En sa qualité de conseil d'office de l'intimé, Me Habib Tabet a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Le temps indiqué dans son relevé des opérations du 26 janvier 2016 (5.24 heures) peut être retenu, de même que le montant des débours annoncés (20 fr. 85, y compris la TVA [1 fr. 55]). L'indemnité totale de Me Habib Tabet est ainsi de 1'039 fr. 50, soit 943 fr. 20 pour ses honoraires, TVA par 75 fr. 45 en sus, et 20 fr. 85 de débours, arrondie au montant de 1'040 francs. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de leurs conseils d'office mis à la charge de l'Etat. 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. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs) pour l'appelante Z. \_\_\_\_\_ et à 300 fr.

- 18 - (trois cents francs) pour l'intimé A. \_\_\_\_\_ sont laissés à la charge de l'Etat. IV. L'indemnité d'office de Me Michèle Meylan, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'382 fr. (mille trois cent huitante- deux francs), TVA et débours compris, et celle de Me Habib Tabet, conseil de l'intimé, est arrêtée à 1'040 fr. (mille quarante francs), TVA et débours compris. V. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de leurs conseils d'office mis à la charge de l'Etat. VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés. VII. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 29 janvier 2016 Le dispositif du présent arrêt est communiqué par écrit aux intéressés. Le greffier :

- 19 - Du Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à : - Me Michèle Meylan (pour Z. \_\_\_\_\_), - Me Habib Tabet (pour A. \_\_\_\_\_), et communiqué, par l'envoi de photocopies, à : - M. le Président 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.

- 20 - 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.