

**Tribunal fédéral – 5A\_297/2016, destiné à la publication**

**II<sup>ème</sup> Cour de droit civil  
Arrêt du 2 mai 2017 (d)**

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

Olivier Guillod, L'oisiveté organisée ne paye plus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_297/2016, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2017

**Newsletter été 2017**

**Entretien ; revenu hypothétique ; abus de droit**

**Art. 2 al. 2 et 179 CC**

L'oisiveté organisée ne paye plus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_297/2016

Olivier Guillod

## **I. Objet de l'arrêt**

Dans cet arrêt du 2 mai 2017 destiné à la publication, le Tribunal fédéral opère un revirement de jurisprudence, ou du moins une précision, quant aux conséquences à tirer du comportement d'un débirentier qui diminue volontairement son revenu pour ne pas avoir à payer une contribution d'entretien. Il rappelle au passage quelques principes désormais bien connus sur la modification de l'entretien en mesures protectrices ou provisionnelles et sur le revenu hypothétique.

## **II. Résumé de l'arrêt**

### **A. Les faits**

Un couple marié avec deux enfants de 12 et 15 ans se trouve en 2013 en procédure de divorce, à la demande du mari. A titre de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce, les enfants sont confiés à la garde de leur mère et le mari est condamné à payer à son épouse une contribution d'entretien mensuelle de 1'520.- (pendant 4 mois) puis de 3'000.- ainsi qu'une contribution en faveur des enfants de 1'950.-.

Une première demande du mari de modifier la contribution d'entretien en faveur de son épouse est rejetée en 2014. Le mari, sans travail depuis qu'il a résilié son contrat de travail en janvier 2015, introduit une nouvelle demande de modification des mesures provisionnelles en juin 2015 pour que la contribution d'entretien pour sa femme soit réduite. En novembre 2015, le tribunal de première instance supprime la contribution d'entretien pour l'épouse avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> juillet 2015. Sur recours de l'épouse, le tribunal d'appel fixe en mars 2016 la contribution d'entretien due par son mari pour la durée du procès en divorce à 500.- par mois, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2015. L'épouse recourt au Tribunal fédéral et demande le maintien de la contribution d'entretien à 3000.-, subsidiairement que cette contribution soit fixée à 1346.-.

## B. Le droit

Après les habituelles considérations liminaires sur la recevabilité et les motifs admissibles du recours, le Tribunal fédéral rappelle que les mesures provisionnelles prises pour la durée de la procédure de divorce peuvent être modifiées dans trois hypothèses : lorsqu'un changement profond et durable des circonstances se produit après l'entrée en force du jugement ; lorsque les circonstances de fait retenues pour fonder la décision se révèlent ultérieurement incorrectes ; et lorsque la décision s'avère par la suite injustifiée dans son résultat parce que le tribunal ne connaissait pas les faits de manière certaine. Dans les autres cas, la force formelle de chose jugée de la décision s'oppose à une modification (consid. 2.1).

Les juges répètent ensuite les principes bien connus applicables à la prise en compte d'un revenu hypothétique. Lorsque le revenu effectif de l'époux débiteur d'entretien ne suffit pas à assurer l'entretien convenable des titulaires d'un droit à l'entretien, un revenu hypothétique peut être retenu s'il peut être obtenu en fournissant un effort raisonnablement exigible (ATF 137 III 118, cons. 2.3). Le caractère raisonnablement exigible de l'effort, d'une part, et la possibilité effective d'exercer l'activité retenue et d'atteindre un certain revenu, d'autre part, sont deux conditions cumulatives. La première est une question de droit. La seconde relève des faits (consid. 3.2).

Dans un arrêt précédent (ATF 128 III 4 cons. 4), le Tribunal fédéral s'était prononcé sur la possibilité, dans une procédure tendant à modifier une contribution d'entretien, de retenir comme revenu hypothétique le revenu antérieurement gagné par le débirentier qui avait volontairement abandonné sa place de travail. Tout en notant que le point était controversé, il avait jugé que « *selbst bei Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht darf dem rechtsmissbräuchlich handelnden Ehegatten ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden, wenn er die Verminderung seiner Leistungskraft rückgängig machen kann* » (consid. 3.3). En d'autres termes, un revenu hypothétique ne pouvait être imputé à un débirentier ayant délibérément diminué ses revenus dans une intention de nuire que si cette diminution était réversible.

Dans le présent arrêt, les juges exposent que la doctrine déjà citée dans l'ATF 128 III 4 estime qu'un revenu hypothétique doit être imputé à un débirentier qui a diminué de mauvaise foi ses revenus, même si cette diminution n'est plus réversible. Ils notent au surplus que cette position correspond à celle de la jurisprudence en matière d'assistance judiciaire. Pour déterminer l'indigence dans ce domaine, il faut partir de la situation financière effective, et non hypothétique, du requérant, si bien que l'indigence peut être retenue même quand il est possible pour l'intéressé de réaliser un revenu plus élevé que son revenu effectif. Ainsi, l'assistance judiciaire ne doit en principe pas être refusée quand le requérant est responsable de sa situation précaire (ATF 108 la 108 cons. 5b), sous réserve de l'abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC (ATF 126 I 165, cons. 3b). L'assistance judiciaire doit ainsi être refusée si le requérant, dans la perspective du procès à venir, a renoncé à un revenu ou aliéné des éléments de fortune, dans le but de faire un procès aux frais de l'Etat (consid. 3.4).

Le Tribunal fédéral conclut alors que « *im Lichte dieser Überlegungen und der begründeten Kritik der Lehre kann an der in BGE 128 III 4 E. 4 wiedergegebenen Rechtsprechung nicht festgehalten werden. Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in*

*Schädigungsabsicht, so ist eine Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann auszuschliessen, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann* » (cons. 3.4 : « au regard de ces considérations et de la critique fondée de la doctrine, il n'est plus possible de s'en tenir à la position énoncée dans l'ATF 128 III 4, cons. 4. Quand le débirentier diminue ses revenus de mauvaise foi, une modification de la contribution d'entretien est exclue même lorsque la diminution de revenus n'est pas réversible »).

Les juges procèdent ensuite à l'appréciation des circonstances d'espèce et estiment que l'instance précédente a retenu les faits de manière arbitraire. Ils relèvent le climat guerrier du divorce (« *Scheidungskrieg* ») et la volonté du mari, constatée dans une expertise concernant la garde des enfants, de stopper les flux financiers destinés à son épouse. Ils concluent dès lors que la résiliation du contrat de travail par le mari est l'expression de sa volonté de nuire à sa femme. Ce comportement manifeste la mauvaise foi du mari et constitue dès lors un abus manifeste de droit. En donnant son congé pour nuire à son épouse, le mari a délibérément créé l'état de fait dont il se prévaut maintenant pour demander la modification de la contribution d'entretien précédemment décidée par le juge des mesures provisionnelles. Un tel comportement exclut donc toute modification de la contribution d'entretien (cons. 4.4).

### III. Analyse

Dans son sketch « Le paysan », l'humoriste Fernand Raynaud répétait la phrase devenue célèbre : « ça eut payé, mais ça paye plus ». S'il n'était décédé un an avant que le soussigné n'entame ses études de droit, il aurait fait un bon commentateur de cet arrêt du Tribunal fédéral.

Le revirement de jurisprudence n'en est pas vraiment un. Quand le Tribunal fédéral avait jugé le 30 novembre 2001 (ATF 128 III 4) qu'on ne pouvait imputer un revenu hypothétique à un débirentier ayant délibérément et de mauvaise foi diminué ses revenus que si cette diminution était réversible, il semblait conscient de la fragilité de l'argumentation qu'il utilisait, puisqu'il citait déjà la doctrine plaidant en sens contraire. Dans un autre arrêt de l'année suivante (5C.15/2002 du 27 février 2002, cons. 3c), il avouait même être prêt, si un cas adéquat se présentait, à revenir sur la question de savoir s'il fallait ou non, et dans l'affirmative dans quelle mesure, prendre en compte une diminution volontaire et irréversible des revenus décidée par un débiteur d'entretien.

Dans deux décisions ultérieures au moins portant sur des demandes de modification de contributions d'entretien, le Tribunal fédéral avait encore laissé entendre qu'une modification de la contribution d'entretien était exclue quand la nouvelle situation de fait découlait du comportement délibéré, illicite et donc constitutif d'abus de droit du débiteur d'entretien (ATF 141 III 376 cons. 3.3.1 ; 5A\_69/2016, du 14 mars 2016 cons. 2.3). Mais l'état de fait dans toutes ces affaires ne révélait pas de comportement abusif du débirentier qui aurait permis de refuser la modification de la contribution d'entretien.

Le fruit des réflexions du Tribunal fédéral était donc mûr et n'attendait que l'occasion propice d'être cueilli. L'article 2 al. 2 CC énonce en effet clairement que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé » et s'applique dans tous les domaines du droit. La jurisprudence rendue sur cet article abonde en exemples de comportements abusifs, sans

qu'il soit besoin ici de la répertorier ni même de la résumer. Le débirentier qui abandonne son activité rémunérée dans l'intention de nuire ainsi à la personne qu'il doit entretenir ne peut évidemment pas se prévaloir de la situation qu'il a délibérément créée pour diminuer ses propres obligations envers la crédiérentière.

Dans la plupart des cas, l'écueil principal tiendra cependant à la preuve de l'intention dolosive. Le Tribunal fédéral n'a pas hésité en l'occurrence à désavouer l'appréciation des faits effectuée par les instances cantonales en la qualifiant de « *unhaltbar* » (intenable). Un second écueil surgira peut-être au moment de l'exécution des contributions d'entretien, si le débirentier ayant cessé son activité lucrative n'a pas de fortune ou du moins pas d'éléments patrimoniaux sur lesquels la personne crédiérentière a des chances de mettre la main.

Malgré ces possibles écueils, il est réjouissant que de temps à autre, la plus haute instance du pays rappelle dans un arrêt de droit de la famille quelques règles élémentaires du bien vivre ensemble.