

## **BGer 5A\_448/2009 vom 25. Mai 2010**

Bundesgericht, 2010-05-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_448\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_448_2009)

FR: TF 5A\_448/2009 du 25 mai 2010

IT: TF 5A\_448/2009 del 25 maggio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Le recours est dirigé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) qui met fin à la procédure de mesures provisionnelles ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2 p. 431/432 et la jurisprudence citée). Comme seule est en cause la contribution à l'entretien de la famille, on se trouve en présence d'une contestation de nature pécuniaire. Eu égard à la durée incertaine des mesures provisoires, la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. ( art. 51 al. 1 let. a et al. 4, art. 74 al. 1 let. b LTF ). Partant, la voie du recours en matière civile est en principe ouverte et le recours constitutionnel est irrecevable ( art. 113 LTF ).

#### **E. 1.2**

Selon l' art. 75 al. 1 LTF , le recours n'est en principe ouvert qu'à l'encontre des décisions rendues en dernière instance cantonale, ce qui signifie que le recourant «doit avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales, ordinaires ou extraordinaires, pour les griefs qu'il entend soulever devant le Tribunal fédéral» (FF 2001 p. 4109; ATF 134 III 524 consid. 1.3 p. 527 et les références). Dans le canton de Vaud, l'arrêt sur appel en matière de mesures provisionnelles peut faire l'objet d'un recours en nullité au Tribunal cantonal pour les motifs prévus par l' art. 444 al. 1 ch. 3 CPC /VD, à savoir pour déni de justice formel, ainsi que pour arbitraire dans l'appréciation des preuves ( ATF 126 I 257 consid. 1b p. 259). En tant qu'il est interjeté, non pour ces motifs, mais pour arbitraire dans l'application du droit civil fédéral, le recours est recevable.

#### **E. 1.3**

S'agissant d'une décision rendue en matière de mesures provisionnelles, le recours ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 98 LTF ). Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée (principe d'allégation; ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Il n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 133 II 396 consid. 3 p. 399/400). Le recourant qui se plaint d'arbitraire ne saurait, dès lors, se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision est insoutenable ( ATF 134 II 349 consid. 3 p. 352).

#### **E. 2.1**

Le recourant reproche au Tribunal d'arrondissement d'avoir omis de tenir compte de la baisse de ses revenus. Il expose qu'en comparant, à l'instar de l'autorité cantonale, les résultats de son activité de médecin en 2001, d'une part, et durant les années 2004 à 2007,

d'autre part, on obtient une diminution de revenus de 27%, alors qu'une comparaison entre les quatre années précédant l'introduction du tarif Tarmed (soit de 2000 à 2003) et les quatre années suivantes révèle une baisse de 31,6%. Il précise en outre que, selon l'expert comptable entendu comme témoin, les montants relatifs à l'utilisation privée de son véhicule automobile, intégrés dans la comptabilité de son cabinet, sont ensuite extournés. La baisse considérable de ses revenus aurait donc dû conduire à une réduction très conséquente de la contribution d'entretien.

## **E. 2.2**

Par cette argumentation, le recourant se borne essentiellement à invoquer des faits qui ne résultent pas du jugement querellé, faits dont il ne saurait au demeurant remettre en cause l'établissement dans le présent recours, faute d'épuisement des instances cantonales (cf. supra, consid. 1.2). Pour le surplus, et pour autant qu'il soit suffisamment motivé, son grief n'apparaît pas fondé. Les juges précédents ont en effet constaté que son bénéfice net s'était élevé à 616'000 fr. en 2000, 605'000 fr. en 2001, 636'000 fr. en 2002, 720'000 fr. en 2003, 400'000 fr. en 2004, 431'000 fr. en 2005, 476'000 fr. en 2006 et 455'000 fr. en 2007. Effectuant la moyenne arithmétique des bénéfices nets du recourant pour les années 2004 à 2007, lesdits magistrats ont constaté que son revenu net moyen, compte tenu, notamment, des diminutions consécutives à l'introduction du tarif Tarmed et des amortissements relatifs aux travaux effectués dans son cabinet, s'élevait à 440'500 fr. par an ou 36'708 fr. par mois. Sur la base de ces constatations, le Tribunal d'arrondissement a considéré que les revenus du mari avaient certes diminué. Contrairement à ce que prétend le recourant, cette juridiction n'a cependant pas procédé à une comparaison entre le revenu actuel moyen du mari, arrêté à 36'708 fr. par mois, et celui réalisé en 2001. Vu la pension convenue par les parties en 2003 et confirmée en 2005, elle a en réalité estimé qu'après déduction des contributions dues pour l'entretien de sa famille, y compris celle versée directement en mains de son fils aîné, des impôts ainsi que des charges hypothécaires, le recourant disposait encore d'une somme de 9'408 fr., à laquelle venaient s'ajouter les revenus de sa compagne, par 5'652 fr. 25, de sorte que malgré la baisse de ses revenus et la naissance de son dernier fils, il était en mesure de continuer à contribuer à l'entretien des siens sans pour autant diminuer son train de vie. Les critiques du recourant relatives au mode de comparaison de ses revenus actuels et passés tombent dès lors à faux. Par ailleurs, on ne voit pas en quoi la précision qu'il apporte concernant ses frais de véhicule serait en l'occurrence pertinente. Quant à l'affirmation, toute générale, selon laquelle la baisse «considérable» de ses revenus aurait dû conduire à une diminution «très conséquente» de la contribution d'entretien, elle n'apparaît pas suffisamment motivée, le calcul du montant de la contribution d'entretien tenant d'ailleurs compte d'autres facteurs, comme la couverture des besoins des bénéficiaires.

## **E. 3**

Le recourant soutient en outre qu'il peut être exigé de l'épouse qu'elle exerce une activité lucrative à temps partiel, éventuellement à son domicile.

### **E. 3.1**

Lorsque l'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, les critères applicables à l'entretien après divorce doivent être pris en compte pour fixer le montant de la contribution d'entretien, étant précisé que le fondement de l'obligation demeure l'art. 163 CC ( ATF 130 III 537 consid. 3.2 p. 541). Cela signifie d'une part que,

outre les critères posés précédemment par la jurisprudence, le juge retiendra les éléments indiqués de façon non exhaustive à l' art. 125 al. 2 CC et, d'autre part, qu'il y a lieu d'apprécier la situation au regard du principe de l'indépendance économique des époux, qui revêt plus d'importance après l'introduction de l'action en divorce. Le conjoint demandeur pourra donc, selon les circonstances, être contraint d'exercer une activité lucrative ou d'augmenter son temps de travail ( ATF 128 III 65 consid. 4a p. 67 et les références; cf. aussi ATF 130 III 537 consid. 3.2 p. 542).

### **E. 3.2**

Selon l'autorité cantonale, les conjoints sont en instance de divorce depuis le 4 juillet 2002 et une reprise de la vie commune n'apparaît pas vraisemblable. De plus, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans son arrêt 5P.114/2006, rendu entre les parties, il n'est pas admissible de considérer d'emblée et sans autre examen qu'on ne peut exiger de l'épouse qu'elle reprenne une activité lucrative, aux seuls motifs qu'elle s'occupe de sa fille handicapée et que la situation financière du mari apparaît confortable. Toutefois, au moment du dépôt de la demande en divorce, les parties étaient mariées depuis près de dix-sept ans. L'épouse a certes une formation de couturière. Elle n'a cependant jamais travaillé dans cette branche, mais seulement comme vendeuse durant quelques années. Depuis 1986, elle n'a plus exercé d'activité lucrative et s'est consacrée à l'éducation des trois enfants du couple, dont la fille aînée, gravement handicapée, nécessite des soins constants.

Actuellement, les enfants vivent toujours avec elle dans l'ancienne villa conjugale. Bien que deux d'entre eux soient majeurs, elle s'en occupe quotidiennement. La fille aînée du couple fréquente, il est vrai, un établissement spécialisé entre 10h00 et 17h00 du mardi au vendredi et se rend en outre une fois par semaine à des séances de physiothérapie. Il n'en demeure pas moins que sa mère doit l'y conduire et l'assister pour les gestes quotidiens les plus simples comme se laver, s'habiller, marcher et manger; elle passe en outre du temps avec elle avant de la coucher, vers 21h30, et se lève certaines nuits à plusieurs reprises pour la calmer et changer son lit. Entre 10h00 et 17h00, lorsque sa fille aînée est prise en charge par un établissement spécialisé, elle s'occupe notamment des courses et du jardin et prépare le repas de midi pour sa fille cadette, née en 1994. D'après un témoin, l'épouse est très dévouée à sa fille handicapée, dont la qualité de vie ne serait pas la même aujourd'hui si sa mère ne s'occupait pas autant d'elle. Désormais âgée de plus de 50 ans, l'épouse a toujours pris soin de ses trois enfants durant la vie commune et s'en occupe encore actuellement. Elle doit ainsi pouvoir mettre à profit les quelques heures durant lesquelles ses filles sont, respectivement, à l'école et dans un établissement spécialisé, pour se reposer et récupérer. Dans ces conditions, elle ne saurait être obligée de reprendre une activité lucrative.

### **E. 3.3**

Contrairement à l'affirmation du recourant, l'autorité cantonale n'a ainsi pas manqué de tenir compte de l'arrêt du Tribunal fédéral précité, selon lequel on ne pouvait déclarer d'emblée que l'épouse ne devait pas reprendre une activité lucrative. Examinant dans le détail le déroulement des journées de l'intéressée, les juges précédents ont retenu que la fille aînée des parties dépendait à 100% de sa mère pour les gestes quotidiens, même les plus simples, et qu'à l'exclusion des quelques heures qu'elle passait en institution à raison de quatre jours par semaine, l'épouse veillait constamment sur elle, y compris la nuit. Ses deux autres enfants, dont sa fille adolescente, vivaient aussi avec elle, ce qui impliquait qu'elle s'en occupe également, quand bien même l'aîné était désormais majeur. En outre, durant le

mariage, les conjoints étaient convenus de ne pas placer leur fille en institution, l'épouse se consacrant à ses trois enfants et à la tenue du ménage. Enfin, on se trouvait en présence d'un mariage de longue durée et l'épouse, qui n'avait pas exercé d'activité lucrative depuis 1986, était âgée de plus de 50 ans.

Vu ces constatations, l'opinion de l'autorité cantonale selon laquelle on ne saurait, à ce stade, exiger de l'intimée qu'elle reprenne une activité lucrative, n'apparaît pas arbitraire. Le fait qu'elle n'ait pour ainsi dire pas travaillé pendant le mariage justifie notamment qu'elle conserve le train de vie qui était le sien durant la vie commune compte tenu du partage des tâches convenu entre les conjoints, les revenus du mari permettant au demeurant de couvrir sans peine les minima vitaux de chacun des conjoints. De toute façon, la critique du recourant n'apparaît pas suffisamment motivée: indépendamment de l'allégation de faits qui ne résultent pas du jugement querellé, il se contente en effet d'affirmer, en bref, que l'absence de ses filles pendant la journée laisse à l'épouse du temps qu'elle pourrait mettre à profit pour travailler, et que sa formation de couturière, de même que son expérience de vendeuse, lui permettraient sans aucun doute de trouver une place à temps partiel ou du travail à domicile, si elle faisait l'effort d'accomplir les démarches nécessaires en ce sens: purement appellatoires, ces allégations ne sont pas de nature à démontrer que le Tribunal d'arrondissement aurait arbitrairement violé le droit fédéral en considérant qu'en l'espèce, il n'y avait pas lieu d'exiger de l'épouse qu'elle reprenne une activité lucrative.

#### **E. 4**

Selon le recourant, l'autorité cantonale n'aurait par ailleurs pas tenu compte de la charge, d'un montant de 2'500 fr. par mois, que représente la naissance de son fils cadet.

Autant qu'il est suffisamment motivé, ce grief n'apparaît pas fondé. Le Tribunal d'arrondissement a en effet admis que cet enfant représentait une charge supplémentaire qui devait être prise en considération. Les juges cantonaux ont cependant considéré que le père vivait en concubinage avec la mère, employée à mi-temps en qualité de secrétaire dans son cabinet, laquelle devait aussi contribuer à l'entretien de leur fils. Le recourant allègue que celle-ci a trois autres enfants à charge, ce qui constitue toutefois un fait nouveau et, partant, irrecevable. Se référant à la méthode dite des pourcentages, il expose en outre que la somme qu'il estime devoir consacrer à ses enfants correspond au 30% de son salaire mensuel, à savoir 2'500 fr. chacun, comme l'intimée l'aurait du reste reconnu. Si la fixation de l'entretien d'après un pourcentage du revenu du débiteur d'aliments est admise pour arrêter les contributions en faveur des enfants, on ne voit pas en quoi le calcul effectué par le recourant serait en l'occurrence pertinent. L'autorité cantonale a estimé qu'après paiement des pensions en faveur de sa famille, y compris celle pour son fils majeur, des impôts et des intérêts hypothécaires, le recourant disposait encore d'un solde de 9'408 fr., auquel il convenait d'ajouter les 5'652 fr. 25 de revenus de sa compagne. Le Tribunal d'arrondissement en a déduit que, malgré la baisse de ses ressources et la charge représentée par son dernier enfant, le débirentier était en mesure de continuer à contribuer à l'entretien des siens sans diminuer son train de vie. Or, le recourant ne démontre nullement en quoi ce raisonnement serait insoutenable.

#### **E. 5**

Autant qu'on le comprenne, le recourant prétend aussi que l'autorité cantonale n'a pas pris en considération la pension de 1'500 fr. par mois qu'il verse directement à son fils majeur.

Dans la mesure où le recourant allègue que le montant de 1'500 fr. a été fixé pour tenir compte des revenus de son fils, d'environ 1'000 fr. par mois, il s'écarte, de manière inadmissible, des faits retenus par le jugement attaqué. De surcroît, le Tribunal d'arrondissement n'a pas manqué d'admettre ce versement ni de le prendre en considération dans le calcul des charges du débirentier, ce que celui-ci reconnaît du reste expressément. Par conséquent, on ne voit pas en quoi l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire sur ce point. Au demeurant, contrairement à ce que semble prétendre le recourant, cette pension ne devait pas figurer dans le dispositif du jugement attaqué, son fils majeur n'étant pas partie à cette procédure.

## **E. 6**

Le recourant prétend en outre que la rente AI versée en faveur de sa fille handicapée doit désormais être prise en considération dans le calcul de la contribution d'entretien.

### **E. 6.1**

Il résulte du jugement attaqué que, conformément à l'accord des parties, cette rente a été versée sur un compte bancaire ouvert au nom de l'enfant, tout prélèvement étant subordonné à l'acceptation de l'autre conjoint. Les époux avaient manifesté la volonté de ne pas toucher à ce compte, sauf dépenses extraordinaires nécessitées par le handicap de leur fille. Se conformant à l'arrêt du Tribunal fédéral (5P.114/2006), les juges cantonaux ont examiné si la baisse des revenus du débirentier justifiait que lesdites rentes soient désormais prises en compte dans le calcul de la contribution d'entretien. Considérant que l'intéressé disposait encore de revenus de l'ordre de 36'000 fr. par mois, qui lui permettaient de continuer à contribuer à l'entretien des siens sans toucher aux montants versés par l'AI, et que les parties avaient décidé de bloquer cet argent sur un compte en connaissance de cause, le Tribunal d'arrondissement est parvenu à la conclusion qu'il ne se justifiait pas de modifier ce système.

### **E. 6.2**

Le recourant le conteste. Il se contente cependant d'affirmer, en substance, que ses revenus ont baissé d'environ 30% et que la nécessité de verser encore plus d'argent sur le compte de sa fille n'a pas été attestée, ce qui ne suffit pas à démontrer l'arbitraire.

Il ressort toutefois des constatations de l'autorité cantonale que, lors de l'audience d'appel du 25 mars 2009, l'épouse a expliqué que depuis le 1er janvier 2007, la rente AI de sa fille n'était plus versée sur le compte bloqué mais sur un autre compte, qu'elle utilisait pour vivre. Dans ces conditions, l'autorité cantonale a fait preuve d'arbitraire en refusant de prendre cette rente en considération pour calculer la contribution d'entretien à partir de cette date, d'autant plus que la fille aînée des époux est désormais majeure. Le recours se révèle dès lors fondé sur ce point. Selon le jugement entrepris, l'épouse a déclaré que ladite rente s'élevait à 3'340 fr. par mois depuis le 1er janvier 2009. En revanche, ledit jugement ne contient pas d'indications relatives au montant de la rente le 1er janvier 2007, date à partir de laquelle elle n'a plus été versée sur le compte bloqué. Il convient par conséquent d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle instruisse cette question et statue à nouveau sur le montant de la contribution d'entretien dû dès le 1er janvier 2007, en tenant compte, à partir de cette date, de la rente versée par l'AI pour la fille aînée des parties.

## **E. 7**

Dans un autre grief, le recourant se plaint en outre, de façon générale, du calcul de la contribution d'entretien.

Il allègue, à juste titre, que l'absence de contacts avec ses enfants - dont il ne serait pas responsable - ne peut justifier le refus de diminuer la contribution d'entretien. Le Tribunal d'arrondissement s'est toutefois borné à mentionner ce fait, sans en tirer de conséquences chiffrées quant au montant de dite contribution. Pour le surplus, les critiques du recourant concernant la manière dont l'autorité cantonale a calculé le montant de 12'000 fr. mis à sa charge - les impôts et les intérêts hypothécaires devant désormais être payés par l'épouse - sont purement appellatoires et ne sauraient dès lors être prises en considération.

## **E. 8**

Le recourant soutient encore que lorsque, comme ici, le montant de la contribution d'entretien versé à l'épouse est de 12'000 fr. par mois, il serait arbitraire de lui allouer, en plus, une provision ad litem.

### **E. 8.1**

D'après la jurisprudence, une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce. Le fondement de cette prestation - devoir d'assistance ( art. 159 al. 3 CC ) ou obligation d'entretien ( art. 163 CC ) - est controversé (sur cette question: arrêt 5P.346/2005 consid. 4.3, in Pra 2006 n° 130 p. 892 et les références; Bräm, Zürcher Kommentar, n. 131 ss ad art. 159 CC , avec de nombreuses citations), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi; en tout état, selon l' art. 163 al. 1 CC , la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari, mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (arrêt 5A\_826/2008 du 5 juin 2009 consid. 2.1).

### **E. 8.2**

Les contributions d'entretien ont en principe pour but de couvrir les besoins courants des bénéficiaires, et non de servir, comme la provision ad litem, à assumer les frais du procès en divorce. L'octroi d'une telle provision peut donc être justifié indépendamment du montant de la contribution à l'entretien de la famille. Le recourant se contente d'affirmer que l'épouse reçoit déjà une contribution mensuelle de 12'000 fr. par mois. De nature appellatoire, cette allégation ne suffit pas à démontrer que l'intimée disposerait des moyens suffisants pour assumer ses frais de procédure. Le grief est par conséquent irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ).

## **E. 9**

En conclusion, le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable, le jugement entrepris est annulé en tant qu'il condamne le recourant à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'un montant de 12'000 fr. par mois dès le 1er janvier 2005 et l'affaire est renvoyée à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants. Le recourant ne l'emporte que très partiellement, de sorte qu'il se justifie de mettre les frais judiciaires pour 3/5 à sa charge et pour 2/5 à celle de l'intimée ( art. 66 al. 1 LTF ). En outre, le recourant est condamné à participer aux dépens de l'intimée à concurrence de 1'000 fr. ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).