

# **BGer 5P.330/2006 vom 12. März 2007**

Bundesgericht, 2007-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.330\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.330_2006)

FR: TF 5P.330/2006 du 12 mars 2007

IT: TF 5P.330/2006 del 12 marzo 2007

## **Regeste**

art. 9 Cst. (mesures provisionnelles) | Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006 1242). L'arrêt attaqué ayant été rendu avant cette date, la procédure reste régie par la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) du 16 décembre 1943 ( art. 132 al. 1 LTF ).

### **E. 1.2**

Les décisions statuant sur les mesures provisoires pendant la procédure de divorce ( art. 137 CC ) ne sont pas des décisions finales au sens de l' art. 48 OJ et ne sont dès lors pas susceptibles d'être attaquées par la voie du recours en réforme; elles constituent en revanche des décisions finales au sens de l' art. 87 OJ et peuvent, comme telles, faire l'objet d'un recours de droit public pour arbitraire ( ATF 100 Ia 14 consid. 1 a et b; ATF 126 III 261 consid. 1).

### **E. 1.3**

Le recours de droit public n'est recevable qu'à l'encontre des décisions rendues en dernière instance cantonale ( art. 86 al. 1 OJ ). En procédure vaudoise, l'ordonnance de mesures provisoires rendue par le Président du Tribunal d'arrondissement peut faire l'objet d'un appel au Tribunal d'arrondissement ( art. 111 CPC /VD). L'arrêt sur appel rendu par ce Tribunal est susceptible d'être attaqué par la voie du recours en nullité selon l'art. 444 al. 1 ch. 1 à 3 CPC/VD (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3e éd. 2002, n. 1 ad art. 108 CPC /VD). Le recours en nullité pour violation des règles essentielles de la procédure ( art. 444 al. 1 ch. 3 CPC /VD) permet notamment de se plaindre d'une appréciation arbitraire des preuves (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 15 ad art. 444 CPC /VD p. 657 et les arrêts cités). Cela a pour conséquence, sous l'angle de l' art. 86 al. 1 OJ , que l'arrêt sur appel rendu par un Tribunal d'arrondissement peut directement faire l'objet d'un recours de droit public pour application arbitraire du droit de fond, tandis que le grief d'appréciation arbitraire des preuves doit être soulevé par la voie du recours en nullité au Tribunal cantonal, dont l'arrêt peut ensuite faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral.

### **E. 1.4**

En l'espèce, le recours de droit public formé en temps utile ( art. 89 al. 1 OJ ) contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal est donc recevable en tant qu'il s'en prend, sous l'angle de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ), à l'appréciation des preuves. Il est en revanche

irrecevable en tant qu'il s'en prend, sous l'angle de l'arbitraire, à l'application du droit de fond : les griefs correspondants doivent être soulevés - et l'ont d'ailleurs été - dans le cadre du recours de droit public (5P.114/2006) dirigé contre l'arrêt du Tribunal d'arrondissement.

## **E. 2**

Une modification des mesures provisoires ordonnées pendant la procédure de divorce sur la base de l'art. 137 al. 2 CC peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures provisoires dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (Urs Gloor, Basler Kommentar, 2e éd. 2002, n. 15 ad art. 137 CC ; cf. Franz Hasenböhler/Andrea Opel, Basler Kommentar, 3e éd. 2006, n. 3 et 4 ad art. 179 CC et les références citées).

### **E. 3.1**

Le Tribunal cantonal a d'abord examiné les griefs du recourant dirigés contre le refus du Tribunal d'arrondissement de retenir que les revenus du recourant avaient diminué (cf. lettre C.c supra). Sur ce point, la motivation de l'arrêt attaqué est en substance la suivante : C'est à juste titre que le Tribunal d'arrondissement a considéré qu'il s'agissait de comparer les résultats des années 2001 et 2004, puisque la première de ces années était celle dont les résultats avaient été pris en considération pour fixer, par convention du 30 avril 2003, le montant de la contribution d'entretien due par le mari dès le 1er août 2002. Pour le surplus, le Tribunal d'arrondissement a retenu très largement les chiffres et observations résultant du rapport d'analyse comptable établi le 3 novembre 2005 par Z.\_\_\_\_\_, responsable de la comptabilité du cabinet médical du recourant depuis 1993, de sorte que son appréciation des données émanant du comptable du recourant ne saurait être qualifiée d'arbitraire. C'est à tort que le recourant reproche au Tribunal d'arrondissement d'avoir confondu prélèvements privés et revenus pour avoir considéré que chez un indépendant, ce sont les prélèvements privés qui constituent son salaire et indiquent son niveau de vie. En effet, on ne voit pas là trace d'arbitraire dans l'appréciation des preuves, le montant des prélèvements privés étant assez régulièrement utilisé comme l'un des indices permettant de déterminer la capacité contributive d'un indépendant.

### **E. 3.2**

Le recourant reproche à la Chambre des recours une appréciation arbitraire des preuves pour avoir considéré, à la suite du Tribunal d'arrondissement, que ses revenus n'avaient pas baissé entre 2001 et 2004 dès lors que le montant des prélèvements privés effectués était sensiblement le même pour ces deux années. Ce raisonnement, qui reviendrait à confondre prélèvements privés et revenus, serait à proprement parler insoutenable. En effet, dans l'hypothèse où le recourant aurait été en mesure d'être très raisonnable au cours de l'année 2004 et de ne prélever que 300'000 fr., avant de prélever le solde de 100'000 fr. en une seule fois au début de l'année 2005, la règle selon laquelle les revenus d'un indépendant sont constitués par son bénéfice se serait imposée à chacun. Si en l'espèce, pour faire face à des dépenses particulières, le recourant a bien dû prélever davantage que son bénéfice, la différence ne constitue pas un revenu supplémentaire. L'arrêt attaqué serait ainsi arbitraire non seulement dans son raisonnement, mais aussi dans son résultat, puisqu'il revient à écarter du dossier une baisse de revenus, pourtant établie (cf. lettres C.a et C.b supra), de l'ordre de 25%.

### **E. 3.3**

Ce grief se révèle fondé. En effet, comme l'a relevé la Chambre des recours, le Tribunal d'arrondissement a retenu très largement les chiffres et observations résultant du rapport d'analyse comptable établi le 3 novembre 2005 par Z.\_\_\_\_\_, responsable de la comptabilité du cabinet médical du recourant depuis 1993. Il a ainsi notamment constaté que le recourant avait réalisé en 2001 un bénéfice net de 605'000 fr. pour un chiffre d'affaires de 991'000 fr. et en 2004 un bénéfice net de 400'000 fr. pour un chiffre d'affaires de 960'000 fr. (cf. lettre C.a supra). Il a également retenu que la diminution du chiffre d'affaires du cabinet en 2004 était due principalement à l'introduction du tarif Tarmed et que cette situation perdurerait ces prochaines années (cf. lettre C.b supra). S'il a laissé ouverte la question de la nécessité des rénovations, il a considéré au vu du rapport comptable qu'il n'y avait pas lieu de retenir l'existence de charges salariales exagérées (cf. lettre C.c supra). Ce nonobstant, le Tribunal d'arrondissement a considéré que les revenus du recourant n'avaient pas baissé par rapport à ceux qui avaient fondé la convention du 30 avril 2003, pour le motif que les prélèvements privés se sont élevés à 495'347 fr. 10 en 2001 et à 505'008 fr. 15 en 2004, et que chez un indépendant, ce seraient ces prélèvements qui constituent son salaire et indiquent son niveau de vie (cf. lettre C.c supra). Cette dernière appréciation est insoutenable. Le revenu d'un indépendant est en principe constitué par le bénéfice net de son activité, soit par la différence entre les produits et les charges. Pour subvenir à ses besoins courants, un indépendant opère généralement des prélèvements privés réguliers en cours d'exercice, avant de connaître le bénéfice net de l'exercice qui résulte des comptes établis après la fin de l'exercice. Des prélèvements inférieurs au bénéfice net entraînent la constitution de réserves, tandis que des prélèvements supérieurs impliquent la dissolution de réserves. On ne retiendra pas que les revenus de l'intéressé ont baissé lorsqu'il a opéré des prélèvements privés inférieurs au bénéfice net de l'exercice. On ne saurait davantage retenir que ses revenus n'ont pas baissé entre deux exercices de référence simplement parce que, indépendamment des bénéfices réalisés, les prélèvements privés sont comparables. En l'espèce, il résulte ce qui suit des comptes au dossier, plus particulièrement du "résumé du compte capital": En 2001, les prélèvements privés se sont élevés à 495'347 fr. 10 pour un bénéfice net de 605'149 fr. 33, si bien que le poste "capital" est passé de 179'118 fr. 40 au 1er janvier 2001 à 285'320 fr. 63 au 31 décembre 2001. En 2004, les prélèvements privés se sont élevés à 505'008 fr. 15 pour un bénéfice net de 400'026 fr. 90, si bien que le poste "capital" est passé de 411'193 fr. 15 au 1er janvier 2004 à 300'211 fr. 90 au 31 décembre 2004. Si les montants des prélèvements privés ont été comparables entre l'exercice 2001 et l'exercice 2004, c'est ainsi parce qu'en 2001, il y a eu constitution de réserves pour quelque 105'000 fr., tandis qu'en 2004, il y a eu dissolution de réserves pour quelque 110'000 fr. Cela étant, il est arbitraire d'en déduire que les revenus du recourant n'ont pas baissé, alors que le contraire est clairement établi. Le recours doit donc être admis sur ce point.

### **E. 4.1**

Le Tribunal cantonal a ensuite examiné les critiques du recourant à l'encontre du refus du Tribunal d'arrondissement de prendre dorénavant en compte la rente versée par l'AI en faveur de l'enfant B.\_\_\_\_\_ dans le calcul des contributions d'entretien (cf. lettre C.f supra). Sur ce point, la motivation de l'arrêt attaqué est en substance la suivante : Dans la mesure où le moyen relève bien de l'appréciation arbitraire des preuves - et non de l'application arbitraire du droit de fond à travers la notion même de capacité contributive, auquel cas il serait irrecevable -, il se révèle mal fondé. En effet, le Tribunal

d'arrondissement a rappelé que le versement de la rente AI (2'110 fr. par mois) en faveur de l'enfant B. \_\_\_\_\_ sur un compte bloqué, qui devait permettre de faire face à des dépenses extraordinaires nécessitées par le handicap de leur fille, avait été décidé de longue date et était resté en vigueur après l'ouverture de la procédure de divorce. Il a considéré qu'une modification de ce système ne se justifierait qu'en cas de détérioration de la situation financière des parties, détérioration qui n'était pas intervenue (cf. lettre C.f supra). Ce raisonnement ne saurait être considéré comme arbitraire, en présence d'un médecin dont les revenus demeurent très confortables. Contrairement à ce que soutient le recourant, l'utilisation par l'intimée de 40'000 fr. pour équiper la salle de bains de façon correcte - fait dont la réalité n'a pas été admise par le Tribunal d'arrondissement, qui s'est borné à relater l'explication donnée en audience par l'intimée - n'a pas été prise en compte par le Tribunal d'arrondissement à l'appui de sa décision. Seule l'absence de détérioration de la situation financière des parties a conduit le Tribunal à considérer que le système instauré depuis des années d'un commun accord entre parents ne devait pas être modifié. Par ailleurs, on ne saurait exclure que les parties aient effectivement décidé de placer sur un compte bancaire au nom de leur fille les sommes reçues de l'AI à la fois dans la perspective d'éventuelles dépenses extraordinaires la concernant et pour lui garantir quelques moyens supplémentaires en cas de décès prématuré de ses parents.

#### **E. 4.2**

Le recourant taxe le raisonnement de la Chambre des recours d'insoutenable. Il fait valoir qu'il est constant qu'en janvier 2005, le montant accumulé sur le compte ouvert au nom de B. \_\_\_\_\_ dépassait 100'000 fr. (cf. lettre C.f supra). Or ce montant serait plus que suffisant pour faire face à d'hypothétiques dépenses extraordinaires, qui par extraordinaire ne seraient pas prises en charge par l'AI, étant précisé que la maison est déjà intégralement équipée et que la Chambre des recours a expressément retenu que l'utilisation de 40'000 fr. pour équiper la salle de bains n'était pas établie. Par ailleurs, on ne saurait retenir comme un fait constant les déclarations faites par l'intimée à l'audience d'appel, selon lesquelles les parties étaient convenues depuis de nombreuses années de mettre les montants versés par l'AI de côté pour le cas où elles décèderaient prématurément; en effet, en l'absence de toute preuve corroborant cette affirmation, il ne suffirait pas qu'on ne "puisse exclure" une telle intention pour que celle-ci doive être retenue, même au stade de la vraisemblance. Enfin et surtout, l'appréciation selon laquelle il n'y aurait pas lieu de modifier le système antérieur en l'absence de détérioration de la situation financière des parties heurterait de manière flagrante le sentiment de la justice et de l'équité. En effet, le recourant aurait précisément démontré avoir subi une diminution notable de ses revenus, dont on ne saurait faire abstraction du seul fait qu'on est "en présence d'un médecin dont les revenus demeurent très confortables".

#### **E. 4.3**

Le Tribunal d'arrondissement a retenu en fait que le versement de la rente AI en faveur de l'enfant B. \_\_\_\_\_ sur un compte bancaire ouvert au nom de l'enfant, sur lequel tout prélèvement nécessitait l'acceptation de l'autre conjoint, a été décidé de longue date et est resté en vigueur après l'ouverture de la procédure de divorce; lors des précédentes mesures provisoires, les époux avaient manifesté la volonté de ne pas toucher à ce compte, sauf dépenses extraordinaires nécessitées par le handicap de leur fille (cf. lettre C.f supra). Pour le surplus, le Tribunal n'a pas retenu que les parties étaient convenues depuis de nombreuses années de mettre cet argent de côté pour le cas où elles décèderaient prématurément, mais

s'est borné à relater l'explication donnée en audience par l'intimée. Comme l'a exposé la Chambre des recours (cf. consid. 4.1 supra), seule l'absence de détérioration de la situation financière des parties a conduit le Tribunal à considérer que le système instauré depuis des années d'un commun accord entre parents ne devait pas être modifié. Le grief du recourant sur l'intention des parties de mettre les rentes versées par l'AI de côté pour le cas où elles décèderaient prématurément tombe ainsi à faux. Quant à l'appréciation des instances cantonales selon laquelle une modification du système instauré depuis des années d'un commun accord entre parents ne se justifierait qu'en cas de détérioration de la situation financière des parties, elle relève de l'application du droit de fond et ne peut donc être critiquée que dans le cadre du recours de droit public (5P.114/2006) dirigé contre l'arrêt du Tribunal d'arrondissement (cf. consid. 1.4 supra). Il convient toutefois de préciser ici que l'autorité cantonale à laquelle l'affaire sera renvoyée devra examiner si la diminution des revenus du recourant (cf. consid. 3.3 supra) justifie le cas échéant que les rentes versées par l'AI en faveur de l'enfant B. \_\_\_\_\_ soient désormais prises en compte, en tout ou en partie, dans le calcul des contributions d'entretien.

#### **E. 5**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis (cf. consid. 3.3 supra) et l'arrêt attaqué annulé. Le recourant n'obtenant que partiellement gain de cause, les frais judiciaires seront répartis par moitié entre les parties ( art. 156 al. 3 OJ ). L'intimée, qui a renoncé à répondre au recours et n'a donc pas elle-même encouru de frais d'avocat devant le Tribunal fédéral, versera en outre au recourant une indemnité à titre de dépens réduits (art. 159 al. 1 à 3 OJ).

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