

# VD\_FINDINFO HC / 2011 / 203 vom 6. April 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_203](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___203)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 203 du 6 avril 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 203 del 6 aprile 2011

## Regeste

MESURE PROVISIONNELLE, ACTION EN DIVORCE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, REVENU HYPOTHÉTIQUE | 125 al. 1 CC, 137 al. 2 CC, 176 CC, 310 CPC (CH), 317 al. 1 CPC (CH)

## 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 étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]). Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

### E. 1.2

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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, *ibid.* p. 136). 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; Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 136-137). 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 (Tappy, *ibid.* pp. 136-137).

### E. 1.3

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuve nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même

si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, *Le code de procédure civile*, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits et preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tapy, *op. cit.* JT 2010 III 15; Hohl, *Procédure civile Tome II*, 2<sup>ème</sup> éd., n. 2410 p. 437).

## **E. 2**

En l'espèce, l'appelant soutient non seulement que les circonstances de fait ont changé de manière importante depuis la convention signée par les époux le 13 mai 2009, mais que l'examen de ces modifications aurait dû conduire le premier juge à le dispenser purement et simplement de toute contribution en faveur de l'intimée depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2010. Il conteste notamment que l'on puisse retenir à son sujet un revenu hypothétique. Il reproche aussi au premier juge d'avoir surestimé les revenus de sa fortune ainsi que d'avoir mal apprécié ses charges d'habitation et enfin de n'avoir tenu aucun compte de la passivité qu'il prête à son épouse s'agissant des démarches pour se procurer des ressources.

### **E. 2.1**

a) Le premier juge a considéré que l'appelant a le même statut professionnel qu'en 2009, tel que retenu dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009, et qu'il est le seul employé de la société qu'il gère, principalement active dans le recyclage de produits réfractaires. Procédant à une comparaison des résultats comptables de 2008, d'une part, de 2009 et des sept premiers mois de l'année 2010, d'autre part, il a retenu que les revenus de R. \_\_\_\_\_ provenant de son activité indépendante ont diminué. Constatant que les chiffres d'affaires de la société de l'appelant sont déficitaires pour 2009 et les deux tiers de l'année 2010, le premier juge a considéré, au vu de l'âge de ce dernier (47 ans), de son bon état de santé, de son diplôme d'employé de commerce, de ses diverses expériences professionnelles passées à divers postes à responsabilité, qu'il y avait lieu, tenant compte des qualifications et des certificats de travail produits, d'admettre que son profil est intéressant dans le marché de l'emploi. Partant de ce constat, le premier juge a estimé raisonnable d'exiger du requérant qu'il reprenne une activité professionnelle salariée et a retenu, comme paraissant ni irréaliste ni arbitraire, un revenu hypothétique de 5'000 fr. net par mois. L'appelant est d'un avis diamétralement opposé. Il relève qu'il est indépendant depuis 1998, qu'il exerce son activité dans un domaine extrêmement spécialisé, qu'il n'a pour seuls diplômes qu'une maturité fédérale et un diplôme en marketing datant de 1994, donc totalement obsolète selon lui, à quoi s'ajoute le fait qu'il n'a plus pratiqué dans ce domaine depuis au moins quatorze ans. Retenir dans ces circonstances un revenu hypothétique de 5'000 fr. serait donc absolument irréaliste. b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du

débiteur. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A\_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et références citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a; TF 5C\_40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A\_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit; en revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb; 126 III 10, JT 2000 I 121 c. 2b; TF 5A\_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2 et références citées). On a déjà relevé que le premier juge a procédé à ce raisonnement et a abouti à la conclusion qu'il était raisonnable de retenir un revenu hypothétique. Il a tenu compte de tous les critères jurisprudentiels susmentionnés, soit les qualifications professionnelles (diplômes et expériences) de l'appelant, son âge encore jeune (47 ans), son bon état de santé et la situation du marché. Cette démarche, conforme au droit fédéral, ne peut qu'être approuvée. Aux principales objections formulées par l'appelant, relevant de l'obsolescence de sa formation en marketing et de son indépendance professionnelle depuis quatorze ans dans un domaine très spécialisé, on rétorquera que les certificats de travail produits par lui-même à l'appui de sa requête de mesures provisionnelles à l'audience du 27 octobre 2010 démontrent au contraire qu'il a exercé, dans les dix dernières années, divers postes à responsabilité, notamment en 2005 comme Senior manager Opérationnel et que tous ses employeurs ont été élogieux quant à ses qualités professionnelles. C'est donc à bon droit que le premier juge a retenu un revenu hypothétique. S'agissant de la quotité de ce revenu, il l'a estimé à 5'000 fr. net par mois eu égard aux circonstances de l'espèce. A titre purement exemplatif, le Tribunal fédéral a confirmé en arbitraire une décision cantonale qui avait retenu une capacité de gain hypothétique de 4'079 fr. pour un chômeur valide de 56 ans, les premiers juges ayant précisé qu'il s'agissait véritablement d'un minimum, dès lors qu'en 2002, le salaire moyen pour des activités simples et répétitives dans la région lémanique était de 4'612 fr. (TF 5P\_314/2005 du 3 octobre 2005). Dans le cas présent, au vu d'une part des expériences professionnelles de l'appelant et de son revenu retenu dans les précédentes décisions judiciaires en 2009 et 2010, l'estimation faite par le premier juge paraît exempte de reproche. Ce premier grief doit donc être rejeté.

## **E. 2.2**

a) Le premier juge a retenu qu'il résultait d'une convention de partage du 18 mai 2010 que l'appelant avait hérité de son père une part successorale d'un montant total de 1'022'702 fr. 96. Hormis un bien immobilier d'une valeur selon inventaire successoral de 448'026 fr. 98, l'ordonnance attaquée retient que l'appelant a reçu des actifs bancaires d'un montant total de 418'900 fr. 58, auxquels il convient d'ajouter une avance sur héritage de 70'000 francs. Le premier juge a considéré que ce capital permettrait, par une gestion raisonnable et sûre, par exemple par le truchement d'un emprunt obligatoire sur dix ans de la Confédération (capital de 488'900 fr. 58 à 1,85 % l'an) de rapporter un revenu d'intérêt de 9'044 fr. 66 par an, soit 753 fr. 70 par mois. Il a ajouté cette somme au revenu hypothétique susmentionné.

L'appelant critique également ce raisonnement qu'il juge erroné. Il explique qu'il doit puiser régulièrement dans son héritage pour entretenir ses enfants notamment et que l'avance de 70'000 fr. est depuis longtemps dépensée. De plus, il soutient que les actifs bancaires dont il a hérité sont constitués pour l'essentiel de titres cotés en bourse et que leur valeur résulte d'une estimation à la date du décès de son père il y a de nombreuses années; vu les fluctuations boursières des années passées, il soutient que le capital que l'on peut aujourd'hui prendre en considération n'est pas supérieur à 380'000 fr., ce qui correspond, au taux d'intérêt retenu par le premier juge, à un revenu mensuel de 585 fr. 85. b) Il faut d'abord observer que, contrairement à ce que prétend l'appelant, le premier juge n'a pas retenu que celui-ci ait financé l'entretien de ses enfants majeurs grâce à des avances sur héritage. Il a relevé que le requérant n'apportait aucune pièce justificative à l'appui de cette allégation. Il en va de même dans la présente procédure. Quant à la valeur effective de ses avoirs bancaires, là aussi les allégations de l'appelant dans son mémoire ne sont en rien établies. L'appelant fait même erreur en prétendant que la valeur retenue pour ces avoirs bancaires daterait de nombreuses années : la convention de partage établie le 18 mai 2010 par le notaire Châtelain, à laquelle l'ordonnance attaquée se réfère, stipule au contraire que les avoirs bancaires sont pris en compte à leur valeur au 30 mars 2010. Pour le surplus, aucune pièce ne documente une quelconque fluctuation boursière de la fortune en question. Le raisonnement tenu par le premier juge est donc correct et exact. Ce grief doit en conséquence être rejeté.

### **E. 2.3**

a) L'appelant reproche au premier juge de n'avoir pas pris en compte ses frais de logement dans le calcul de ses charges en vue de la détermination du minimum vital, alors qu'il a tenu compte du loyer de l'épouse. Il soutient qu'il a des charges mensuelles de 795 fr., selon décompte de PPE produit le 13 mai 2009 à l'appui de son appel contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009. S'il est propriétaire de son logement, la jouissance de ce dernier n'est pas gratuite et les frais qui en résultent devraient, à son sens, être pris en compte dans son minimum vital. b) Dans l'ordonnance attaquée, le premier juge a relevé, au sujet des charges de l'époux, que ce dernier n'avait allégué aucune autre charge, ni produit d'autres pièces que celles retenues dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009 et qu'aucun élément du dossier ne permettrait de croire que ses charges avaient été modifiées. Il est exact qu'il n'est fait aucune mention à des charges de logement dans le prononcé du

### **E. 2.4**

a) Enfin, l'appelant reproche au premier juge de n'avoir pris en considération aucune possibilité d'activité lucrative pour son épouse, ni d'avoir tenu compte du fait qu'elle n'entreprenait aucune démarche en vue d'obtenir une éventuelle rente AI au vu de son état de santé. Il invoque une inégalité de traitement entre elle et lui. b) Cette critique est vaine. Le premier juge a pris en considération l'âge de l'intimée, de treize années plus âgée que son mari et qui aura soixante et un ans le 20 octobre 2011; il a aussi tenu compte de son état de santé défaillant, puisqu'elle est, selon le certificat médical de son psychiatre, en dépression et en incapacité de travail totale depuis le 27 mai 2008; il a enfin pris en compte son absence de formation professionnelle. Tous ces critères sont adéquats (SJ 2007 III 82) et on ne saurait, eu égard à ces circonstances, exiger d'elle qu'elle recherche un emploi et retrouve un revenu. Pour le surplus, 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 de cette 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 c. 4.3.2). Ces conditions ne sont en l'espèce pas établies. Au reste, le premier juge, qui ne pouvait faire davantage dans ce domaine, n'a pas perdu de vue que l'intimée devait entreprendre toutes démarches utiles auprès de l'AI et l'a exhortée à le faire. Ce dernier grief doit donc également être écarté. 3. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. in fine CPC. 4. Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 et 65 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). En application de l'art. 104 al. 3 et 4 CPC, le juge délégué peut choisir de répartir les frais ou déléguer cette répartition à la juridiction précédente. Les frais, qui comprennent les dépens selon l'art. 95 al. 1 CPC, doivent être mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). En l'espèce, l'appelant succombe et supportera les frais de justice. L'intimée n'ayant pas procédé, il ne sera pas alloué de dépens. Par ces motifs, Le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant R.\_\_\_\_\_. IV. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du

#### **E. 6**

mars 2009. Quant à la pièce prétendument produite le 13 mai 2009, elle ne figure pas au présent dossier de divorce, ce qui n'a rien d'anormal s'agissant d'un document qui aurait été produit en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et que l'appelant n'a pas produit à nouveau dans la procédure au fond. On relèvera cependant que la pension fixée à la charge du requérant en mesures protectrices de l'union conjugale avait initialement été fixée à 4'000 fr. et qu'ensuite de la convention ratifiée pour valoir arrêt sur appel du 13 mai 2009, cette contribution a été réduite à 3'500 francs. Il est donc parfaitement imaginable que les parties aient, dans ces circonstances, déjà tenu compte de cet élément de charges de logement de l'époux pour justifier la réduction de la pension à l'épouse : il ne s'agit toutefois que d'une hypothèse. Enfin, il faut relever que, dans la déclaration d'impôt 2009 de l'appelant, soit la plus récente dont on dispose, aucune charge de logement n'est déclarée. A supposer que l'on doive retenir les charges alléguées de logement de 795 fr., le résultat n'en serait de toute manière pas modifié. L'excédent de l'appelant serait de 3'688 fr. 70 (4'483 fr. 70 – 795 fr.). L'intimée aurait droit à la couverture de son déficit par 3'330 fr. 65 et à la moitié du solde par 179 fr. ([3'688 fr. 70 – 3'330 fr. 65]: 2), correspondant aux 3'500 fr. alloués par le premier juge. Au vu de ce qui précède, ce grief doit également être rejeté.

#### **E. 7**

avril 2011 Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés. Le greffier : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à : ■ Me Gloria Capt (pour R.\_\_\_\_\_) ■ Me Yves Burnand (pour Z.\_\_\_\_\_) 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). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ M. le Président du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois. Le greffier :

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