

# **VD\_FINDINFO HC / 2011 / 347 vom 10. Juni 2011**

VD Tribunal cantonal, 2011-06-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_347](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___347)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 347 du 10 juin 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 347 del 10 giugno 2011

## **Regeste**

OBLIGATION D'ENTRETIEN, MESURE PROVISIONNELLE | 137 al. 2 CC, 163 CC, 176 al. 1 ch. 1 CC, 308 al. 1 let. b CPC (CH), 317 al. 1 CPC (CH)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'ordonnance attaquée a été rendue le 31 mars 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC). L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1<sup>er</sup> let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (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<sup>er</sup> CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles est de la compétence du 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., le présent appel est recevable.

### **E. 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, in 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 et 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 138). 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). 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), vaut également en appel et si des faits et moyens de preuves 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, *ZPO-Kommentar*, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, qui était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère 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 ou moyens de 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 Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, *op. cit.*, n° 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, *op. cit.*, n° 2415 p. 438 ; JT 2010 III 43). En l'espèce, la contribution d'entretien litigieuse concerne l'intimée et ses deux enfants mineurs. Dans la mesure où les pensions pour ces enfants sont aussi en jeu, la maxime inquisitoire illimitée s'applique.

### **E. 3**

L'appelant allègue que les contributions telles qu'arrêtées dans l'ordonnance de mesures provisionnelles portent atteinte à son minimum vital. Il n'est en outre pas admissible, selon lui, qu'il soit tenu compte d'un revenu hypothétique du débirentier au stade des mesures provisionnelles déjà et estime avoir fait un effort suffisant dans ses recherches d'emploi. L'intimée expose que ni l'état de santé ni l'âge de A.R. \_\_\_\_\_ ne font obstacle à l'exercice d'une activité lucrative. Sa capacité contributive est pleine et entière et il y a lieu de retenir un revenu hypothétique mensuel de 10'000 francs. Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, applicable par analogie aux mesures provisoires (art. 137 al. 2 CC), se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 c. 3b; 118 II 376 c. 20b et les références citées). La situation d'un couple séparé, totalement désuni, doit s'apprécier en s'inspirant des principes régissant l'hypothèse d'un divorce (ATF 118 III 65 consid. 4a), en particulier l'art. 125 CC. Celui-ci concrétise deux principes: d'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien (ATF 132 III 598 c. 9.1 et les références citées). Indépendamment de sa durée, un mariage a eu une influence concrète sur la situation financière de l'époux créancier lorsque le couple a eu des enfants communs (ATF 135 III 59 c. 4.1). Il n'en demeure pas moins que, tant que dure le mariage, c'est l'art. 163 al. 1 CC qui constitue la cause de l'obligation d'entretien. Si l'épouse déploie déjà sa

pleine capacité de gain, il n'est donc pas arbitraire d'appliquer la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent par moitié, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet de faire bénéficier l'intéressée d'un niveau de vie supérieur à celui mené par le couple durant la vie commune (arrêt 5A\_409/2007 du 14 novembre 2007 et références citées). 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 les réf. 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). Le versement régulier d'indemnités de chômage constitue un indice que le débiteur a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour retrouver un emploi; on ne peut alors lui imputer un revenu hypothétique supérieur (TF 5A\_138/2010 du 8 juillet 2010, RMA 2010 p. 451). Enfin, s'agissant de la fortune du débiteur, la jurisprudence a admis qu'elle soit mise à contribution pour déterminer sa capacité financière. Celui-ci peut devoir mettre à contribution non seulement les revenus, mais également la substance de son patrimoine pour garantir l'entretien nécessaire de sa famille (TF 5P\_10/2002 c.3 b du 16 juillet 2002). En l'espèce, selon l'Office de l'assurance invalidité, l'appelant bénéficie d'une capacité de travail entière depuis le 25 mars 2010. Il a effectivement été en incapacité de travail du 4 décembre 2010 au 31 mars 2011 selon certificat médical du Dr [...] du 24 février 2011, chirurgien articulaire. L'appelant produit en appel des certificats médicaux attestant que son incapacité de travail serait encore d'actualité, ce qui n'a cependant pas été allégué en appel et qui est en contradiction avec les pièces concernant la perception des indemnités de chômage. Il n'en sera dès lors pas tenu compte. L'appelant reçoit des indemnités chômage mensuelles brutes de l'ordre de 2'200 francs. Il faut dès lors se demander si on peut lui imputer un revenu hypothétique déjà au stade des mesures provisionnelles. Il est exact que ses compétences professionnelles doivent lui permettre de réaliser un revenu de l'ordre de 10'000 francs. Mais rien n'indique que l'appelant fait actuellement preuve de mauvaise volonté depuis le 24 mars 2010 dans le cadre de ses recherches d'emploi. Bien au contraire, selon les pièces produites dans le cadre de la procédure d'appel, il est établi que l'appelant a entrepris de nombreuses recherches personnelles en vue de retrouver un emploi, si bien qu'on ne saurait lui imputer un revenu hypothétique au stade des mesures provisionnelles. Cependant, l'appelant dispose de participations dans la société [...] sous forme d'actions. Il a signé un contrat avec la société [...] lui permettant de vendre à tout moment ces participations. Si l'option est réalisée avant le 31 décembre 2014, le bénéfice tiré de cette opération sera de 2'700'000 fr., alors que si elle est réalisée postérieurement, il sera de 3'700'000 francs. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher à l'appelant de ne pas exercer l'option dans l'immédiat. On peut d'ailleurs souligner que l'intimée a demandé que tout soit entrepris pour que l'option ne soit pas exercée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2015, de telle sorte à préserver ses droits dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (procédé écrit du 1<sup>er</sup> octobre 2010, allégués 57 et 58).

L'appelant bénéficie en outre d'un crédit en compte courant auprès de la [...] (anciennement [...]), lié et couvert par une garantie bancaire émise par [...] à concurrence du montant des options, soit 2'700'000 fr. actuellement et jusqu'à 3'700'000 fr. si les participations ne sont pas vendues au 1<sup>er</sup> janvier 2015. La dette contractée auprès de l'établissement [...] s'élève à 1'489'039 fr. au 30 septembre 2010. On doit dès lors admettre que l'appelant, bien qu'il ne déploie pas actuellement sa pleine capacité de gain, bénéficie de moyens suffisants pour faire face à cette situation provisoire et assumer les charges liées à l'entretien de sa famille jusqu'à ce qu'il ait retrouvé un emploi, sans que cela ne porte atteinte à son minimum vital. En conséquence, la convention du 28 mai 2009 prévoyant une contribution d'entretien mensuelle de 3'000 fr. paraît encore en adéquation avec la situation financière des parties actuellement et il convient de confirmer l'ordonnance entreprise sur ce point.

#### **E. 4**

L'appelant estime que le paiement des frais d'écolage en sus de la contribution d'entretien porte atteinte à son minimum vital. Il allègue que les frais d'écolage s'élèvent à 37'154 fr. par année. Selon l'intimée, il n'est pas exact de dire que les frais d'écolage sont supportés uniquement par A.R.\_\_\_\_\_, puisqu'ils doivent être acquittés au moyen d'un compte courant qui fait partie des masses à partager dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. En application des art. 204 et 205 CC, l'état des acquêts est arrêté au jour de la dissolution du régime, soit en l'espèce le 28 mai 2009, date de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale à laquelle les parties ont conclu conjointement au divorce. A compter de cette date, le volume de la masse ne peut être affecté par des aliénations postérieures à celle-ci ; il est susceptible de subir des modifications par rapport à la valeur des biens (art. 214 CC) mais non dans la composition du patrimoine dont il est constitué (Stettler/Waelti, Le régime matrimonial, 2<sup>ème</sup> éd. 1992, no 362 p. 197). Le principe du caractère intangible de la masse des acquêts entre le moment de la dissolution du régime et celui de la liquidation souffre néanmoins quelques exceptions. Ainsi, les dettes postérieures à la dissolution seront néanmoins prises en compte à la liquidation dans la mesure où elles sont contractées avec le consentement du conjoint ou l'autorisation du juge, pour assurer l'entretien personnel ou celui de la famille (Stettler/Waelti, op. cit., no 366 p. 198). Dans le cas d'espèce, les deux parties ont souhaité que leurs enfants poursuivent leur scolarité à l'école [...]. Ainsi, au moment de la liquidation du régime matrimonial, il devra être tenu compte, pour déterminer les acquêts de l'appelant, des frais d'écolage dont il s'est acquitté postérieurement à la dissolution du régime matrimonial et au moyen d'un compte dont il est le seul titulaire. Il est ainsi exact que ces frais ne seront finalement pas supportés uniquement par l'appelant. Au demeurant, si l'on se réfère à l'argumentation développée ci-dessus, l'appelant est en mesure de s'acquitter de ces montants supplémentaires. Il s'agit d'ailleurs de frais d'écolage pour l'année 2010-2011, actuellement échus. Il appartiendra aux parties d'examiner si la fréquentation de l'école [...] est encore envisageable à l'avenir, compte tenu des revenus réalisés actuellement par l'appelant. L'ordonnance peut dès lors être confirmée également sur ce point.

#### **E. 5**

Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1<sup>er</sup> CPC). L'appelant ayant succombé, des dépens, à hauteur de 1'500 fr., sont alloués à l'intimée qui s'est déterminée par l'intermédiaire de son conseil (art. 95 al. 3 let d CPC, art. 37 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du

12 janvier 2010; RSV 211.02]). 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. IV. L'appelant A.R. \_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée B.R. \_\_\_\_\_ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 14 juin 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 Bertrand Pariat (pour B.R. \_\_\_\_\_), ■ Me Henri Baudraz (pour A.R. \_\_\_\_\_). 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 : ■ Mme la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de La Côte. Le greffier :

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