

# VD\_FINDINFO HC / 2011 / 679 vom 11. November 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-11-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_679](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___679)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 679 du 11 novembre 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 679 del 11 novembre 2011

## Regeste

MESURE PROVISIONNELLE, OBLIGATION D'ENTRETIEN, REVENU HYPOTHÉTIQUE, VENTE D'IMMEUBLE | 163 CC, 261 al. 1 CPC (CH), 276 al. 1 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

a) La décision attaquée a été rendue le 31 août 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile 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 une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles 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 francs, l'appel est formellement recevable.

### E. 2

a) 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, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, 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 (JT 2011 III 43; Tappy, op. cit., p. 136). b) 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 la preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient aux parties de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43; Tappy, op. cit., 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) est applicable également en appel et si des faits ou 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*, Berne 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est 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 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>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 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., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415, p. 438; sur le tout: JT 2011 III 43). c) En l'espèce, seules sont litigieuses les questions de la contribution d'entretien en faveur de l'intimée et de la réalisation de l'immeuble dont les parties sont copropriétaires. Les pièces ne sont recevables en deuxième instance qu'aux conditions restrictives de l'art. 317 CPC, dont l'appelant n'établit pas qu'elles seraient réalisées. Les pièces produites à l'appui de l'appel sont dès lors irrecevables. Elles ne sont de toute manière pas déterminantes.

### **E. 3**

a) L'appelant soutient que le raisonnement du premier juge relève d'une application arbitraire des règles fixant le principe d'une contribution d'entretien due à l'épouse. En effet, A.M.\_\_\_\_\_ estime que ce raisonnement ne tient pas compte du temps écoulé depuis qu'il a été imposé à l'intimée, par ordonnance de mesures provisionnelles du 7 septembre 2010, de se réinsérer professionnellement, ni du fait que les recherches d'emploi qu'elle a produites ne remontent pas à cette période. L'appelant reproche également au premier juge de ne pas avoir tenu compte du fait que B.\_\_\_\_\_ n'a produit aucune pièce justifiant le montant perçu de l'assurance chômage et ses charges courantes. b) Selon la jurisprudence antérieure au CPC, une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale 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 dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (cf. Kobel, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC). Il appartient au requérant à la modification d'établir, ou du moins de

rendre vraisemblable, ce changement de circonstances (art. 8 CC). c) En l'espèce, dans son ordonnance du 7 septembre 2010, fixant le montant de la contribution d'entretien due à l'intimée à 2'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte avait considéré ce qui suit: " Il avait été retenu dans le jugement d'appel sur mesures provisionnelles du 23 mars 2010 que la requérante disposait d'une capacité de gain de l'ordre de 1'200 fr. à temps partiel. Ce nonobstant, la pension due par A.M.\_\_\_\_\_ en faveur des siens avait été maintenue à 4'410 fr., afin de permettre à l'intimée de mettre à jour ses connaissances informatiques et de retrouver un emploi, sans que B.M.\_\_\_\_\_ ne pâtisse de la situation. Il était toutefois précisé que « si elle n'entreprend rien de sérieux, ni de concret rapidement, ce montant sera susceptible d'être revu pour tenir compte de sa capacité de gain. » Lors de l'audience du 30 août 2010, l'intimée a déclaré qu'elle n'avait effectué aucune recherche d'emploi. Au vu de ses qualifications professionnelles, de son âge et de son état de santé, elle devrait néanmoins être parfaitement à même de retrouver un emploi si elle effectuait l'effort nécessaire en ce sens. A un taux d'occupation de 100 %, l'on peut ainsi attendre de l'intimée qu'elle réalise un revenu mensuel d'à tout le moins 3'500 fr. à 4'000 francs. (...) Compte tenu de sa capacité de gain à hauteur d'au moins 3'500 francs, l'intimée est en mesure de couvrir ses charges. (...) La situation financière du requérant n'a pas évolué depuis le jugement d'appel sur mesures provisionnelles du 23 mars 2010, à l'exception des frais supplémentaires liés à la garde d'B.M.\_\_\_\_\_. Toutefois, dès le mois de janvier 2011 son salaire sera diminué proportionnellement à la réduction de son taux d'occupation. Il devrait également déménager à [...] prochainement, si bien qu'il conviendra de réexaminer sa situation financière dans un avenir proche. Afin d'éviter que l'intimée ne se retrouve brutalement complètement dépourvue et au vu du réexamen nécessaire de la situation financière du requérant à intervenir, il convient en l'état de laisser une contribution d'entretien minimale en faveur de B.\_\_\_\_\_ à la charge de A.M.\_\_\_\_\_, soit un montant mensuel de 2'500 francs. Si l'intimée persistait toutefois à ne pas effectuer de démarches en vue de retrouver un emploi, dite contribution pourra alors être réduite, voire supprimée ". L'appelant ne remet pas en cause la mesure dans laquelle le premier juge a tenu compte de l'élément nouveau que constituait la diminution de son taux d'activité à 90 % - son revenu mensuel passant de 18'660 fr. à 16'795 fr. par mois – et le fait qu'il avait déménagé pour s'installer dans un appartement dont le loyer était de 3'500 fr., tout en continuant à assumer seul l'entier des charges de l'appartement conjugal par 3'750 fr., justifiant la réduction de la contribution d'entretien à 2'000 francs par mois. Il plaide uniquement que le premier juge devait retenir que l'intimée était en mesure de s'assumer elle-même financièrement. d) Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et – cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de

dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication). Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; ATF 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlauser, *Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz*, Zurich 2011; ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication). Les principes relatifs au revenu hypothétique valent tant pour le débiteur que pour le créancier d'entretien; un revenu hypothétique peut en effet aussi être imputé au créancier d'entretien (TF 5A\_838/2009 du 6 mai 2010, in *FamPra.ch* 2010 n° 45 p. 669; TF 5P.63/2006 du 3 mai 2006 c. 3.2). Même si le fait qu'un époux sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale ne dispense pas le juge civil d'examiner si on peut lui imputer un revenu hypothétique (ATF 137 III 118 c. 3.1), le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension constitue un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se retrouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.2; TF 5A\_724/2009 du 26 avril 2010 c. 5.3, publié in *FamPra.ch* 2010 673). e) En l'espèce, le premier juge a considéré, comme il l'avait déjà retenu dans son ordonnance du 7 septembre 2010, que l'intimée était en mesure de réaliser un revenu de l'ordre de 3'500 fr., lui permettant de couvrir ses charges incompressibles. Pour le surplus, il a estimé que l'on ne pouvait augmenter en l'état la capacité contributive de l'intimée, dès lors qu'elle avait fait les démarches que l'on pouvait attendre d'elle pour retrouver un emploi. Il résulte des pièces produites que l'intimée est inscrite au chômage et a effectué deux ou trois recherches d'emploi dès le mois de septembre 2010, puis une dizaine de recherche par mois dès le début de l'année 2011. Elle a ainsi entrepris toutes démarches que l'on pouvait exiger d'elle et l'appréciation du premier juge sur sa capacité contributive peut être confirmée. Il n'est au demeurant pas établi que ses recherches seraient insuffisamment diversifiées L'appelant fait valoir encore que l'intimée n'a produit aucune pièce justifiant le montant qu'elle perçoit du chômage. Portant le fardeau de la preuve d'une modification des circonstances, il lui incombait cependant de requérir en première instance production de ces pièces, en vertu de son devoir de collaboration, s'il entendait faire valoir que les indemnités de chômage étaient supérieures à la capacité contributive de 3'500 fr. retenue par le premier juge, ce qu'il n'a pas fait. Au demeurant, il apparaît peu vraisemblable que ces indemnités soient supérieures à ce montant, son gain assuré – au maximum de 153 fr. par jour – étant fixé forfaitairement, dès lors que l'intimée n'a pas eu d'activité lucrative dans les années précédentes (art. 14 et 23 LACI [Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0] et 41 OACI [Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]) et l'indemnité journalière s'élevant à 70 % du gain assuré, lorsque l'assuré n'a pas d'obligation d'entretien envers un enfant de moins de vingt-cinq ans (art. 22 al. 2 LACI). Le moyen est infondé et la contribution d'entretien fixée peut être confirmée.

#### **E. 4**

a) S'agissant de la réalisation du bien-fonds en copropriété des époux, l'appelant fait valoir que l'action en partage d'un bien en copropriété peut se concevoir indépendamment d'un divorce. b) Le premier juge a considéré qu'il ne disposait d'aucun moyen pour se substituer à l'accord de l'intimée dans le cadre de la réalisation de cet immeuble ni pour donner plein pouvoir au requérant de procéder à la vente sans l'accord de son épouse et que, sans l'accord des deux parties, la question de la vente devra dès lors être réglée dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. c) S'il est loisible dans certaines circonstances au juge du divorce de renvoyer la liquidation du régime matrimonial ou des conclusions tendant au partage de la copropriété à une procédure séparée (ATF 98 II 321, JT 1973 I 349), il y a lieu de constater qu'en l'espèce les conclusions litigieuses ont été prises dans le cadre de la procédure de divorce. Le moyen est donc sans pertinence. d) Au demeurant, à supposer le moyen pertinent, les conditions d'urgence et de risque de préjudice irréparable devraient être réalisées. A.M. \_\_\_\_\_ fait valoir que, compte tenu de la situation patrimoniale des parties, du prix de vente proposé qui couvre le prix du marché établi par expertise versée au dossier, de l'attitude déraisonnable de l'intimée qui s'oppose à la vente sans motif, de la présence d'acheteurs disposés à acquérir le bien au prix formulé et du risque concret qu'ils se désistent, il s'impose de procéder rapidement, les délais de procédure au fond devant également être pris en considération. da) Aux termes de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes: elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a); cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Le requérant doit rendre vraisemblable, sur la base d'éléments objectifs, qu'un danger imminent menace ses droits, soit qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés ou seulement tardivement. Par préjudice, on entend tant les dommages patrimoniaux que les dommages immatériels. Le risque de préjudice difficilement réparable suppose l'urgence (cf. Bohnet, CPC commenté, 2011, nn. 10 ss ad art. 261 CPC, p. 1020). Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs du requérant et de l'intimé (cf. Hohl, Procédure civile, 2010, nn. 2799 ss, p. 233, n. 2837, p. 239 et nn. 2877 ss, p. 246). Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée. L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas: le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (Hohl, op. cit., nn. 2820 s., p. 236). Plus une mesure provisionnelle atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences pour faire reconnaître le bien-fondé de la demande quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (Bohnet, op. cit., nn. 14 ss ad art. 261 CPC, p. 1021 et les références citées). db) En l'espèce, les arguments de l'appelant, à savoir la situation patrimoniale des parties, le prix de vente proposé pour l'achat du bien immobilier, le refus sans motif de l'intimée à la vente de l'immeuble et le risque de désistement de l'acheteur potentiel, rendent vraisemblables tout au plus l'opportunité d'une vente, ce qui ne suffit pas

au regard des exigences légales. Ils ne permettent pas de retenir un risque de préjudice irréparable. Il n'est pas établi, ni même rendu vraisemblable, que, si l'acheteur potentiel – dont l'offre échéait au 31 août 2011 et dont on ignore s'il est aujourd'hui toujours intéressé – devait se désister, aucun autre amateur ne pourrait être trouvé à moyen terme au même prix, voire à un prix supérieur. La demande de biens immobiliers dans la région de La Côte reste en effet très forte. Au demeurant, l'appelant ne fait qu'affirmer, sans nullement le prouver, ne plus être en mesure de payer les charges hypothécaires. En particulier, il n'est pas établi que la banque aurait résilié le contrat de prêt hypothécaire ou serait sur le point de le faire, en raison de retards dans le règlement des charges, ni même que l'appelant serait en retard dans le paiement de ces charges. Cela étant, l'urgence n'est pas établie. Le moyen est également infondé.

## E. 5

En définitive, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 62 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, 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 A.M.\_\_\_\_\_. IV. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 15 novembre 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 Mireille Loroche (pour A.M.\_\_\_\_\_), ■ Me Patricia Michellod (pour B.\_\_\_\_\_). Le juge délégué de 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). Le greffier :

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