

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 4 avril 2011

---

Présidence de M. GIROUD, juge délégué  
Greffier : Mme Michod Pfister

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **X.**\_\_\_\_\_, à Genève, contre l'ordonnance rendue le 4 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.V.**\_\_\_\_\_, à Territet, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 4 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010, A.V.\_\_\_\_\_ devait contribuer à l'entretien de son épouse et de sa fille majeure B.V.\_\_\_\_\_ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'900 fr., montant payable d'avance le premier de chaque mois à X.\_\_\_\_\_.

En droit, le premier juge a considéré que les revenus mensuels de A.V.\_\_\_\_\_ s'élevaient à 7'141 fr. en moyenne compte tenu de ses prélèvements privés à hauteur de 85'702 fr. 40 dont font état les comptes de pertes et profits de son cabinet dentaire pour l'année 2009. Il a fixé la contribution globale d'entretien en faveur de son épouse et de son enfant à 1'900 fr., montant correspondant à son disponible, au vu de ses charges à hauteur de 5'240 francs.

**B.** X.\_\_\_\_\_ a formé appel contre cette décision par acte du 17 février 2011 en concluant à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien à la charge de A.V.\_\_\_\_\_, dès et y compris le 1<sup>er</sup> septembre 2010, est fixée à dire de justice.

Dans sa réponse du 11 mars 2011, A.V.\_\_\_\_\_ a conclu au rejet des conclusions de l'appelante. Il a requis la production de pièces.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

A.V.\_\_\_\_\_ et X.\_\_\_\_\_ se sont mariés le [...] 1987 devant l'Officier de l'Etat civil du Grand-Saconnex, à Genève. Une enfant est issue de cette union : B.V.\_\_\_\_\_, née le [...] 1991.

Le 22 avril 2008, A.V. \_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce par une demande unilatérale devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Par requête de mesures provisionnelles du 28 mai 2008, X. \_\_\_\_\_ a notamment conclu à ce que son époux soit tenu de contribuer aux frais d'entretien de sa famille, par le versement d'une contribution de 5'500 fr. et à ce que, durant la litispendance, A.V. \_\_\_\_\_ soit tenu de verser une provision ad litem de 6'000 francs.

Une audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 28 août 2008 au cours de laquelle les parties ont signé une convention par laquelle A.V. \_\_\_\_\_ s'est engagé à verser une contribution d'entretien mensuelle de 4'250 fr. en faveur de son épouse et de sa fille.

A cette époque, A.V. \_\_\_\_\_ a indiqué percevoir un revenu mensuel de l'ordre de 12'000 francs.

A la requête de A.V. \_\_\_\_\_, une nouvelle audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 5 mars 2009 au cours de laquelle les parties ont signé une convention réduisant à 3'650 fr. la pension due par A.V. \_\_\_\_\_ en faveur de sa famille.

Le 3 septembre 2010, A.V. \_\_\_\_\_ a déposé une nouvelle requête de mesures provisionnelles, concluant, avec dépens, à ce que la contribution d'entretien en faveur de sa famille soit réduite à 1'000 fr. par mois.

A l'appui de sa requête, il a invoqué une réduction de ses revenus due à "une pathologie de la colonne vertébrale" qui ne lui permettrait plus d'exercer son activité à 100 %. Il a produit les comptes de pertes et profits de son cabinet dentaire qui font état de prélèvements privés à hauteur de 85'702 fr. 40 en 2009.

Par procédé écrit du 10 novembre 2010, X. \_\_\_\_\_ a conclu, avec dépens, au rejet de la requête.

Une audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 11 novembre 2010.

### **En droit :**

**1.** Les voies de droit contre un prononcé communiqué, comme en l'espèce, après le 1er janvier 2011 sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [RS 272]; art. 405 al. 1 CPC).

**2.** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (308 al. 1 let. a CPC), 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 formé contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale 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 dans le délai légal de dix jours (art. 314 al. 1 CPC) 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.

**3.** 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., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 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, op. cit., JT 2010 III 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, op. cit., JT 2010 III 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 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-Komm*, 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, 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, op. cit., JT 2010 III 139; 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., no 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., no 2415 p. 438).

**4. a)** L'appelante prétend qu'au vu de la capacité de gain de l'intimé, une pension provisionnelle d'un montant de 3'500 fr. aurait dû à tout le moins être mise à sa charge.

**b)** Conformément à l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), applicable par analogie aux mesures provisoires (art. 137 al. 2 CC, lequel, bien qu'abrogé au 31 décembre 2010, continue à s'appliquer aux procédures de divorce soumises à l'ancien droit [Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, JT 2010 III 14]), le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant des aliments se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux.

Lorsqu'une reprise de la vie commune n'est plus guère envisageable après le dépôt d'une demande de divorce, l'objectif pour le

conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires de l'art. 137 al. 2 CC; les principes jurisprudentiels sur l'entretien après le divorce peuvent y être pris en compte, par analogie, dans une proportion plus étendue que dans le cadre des mesures de protection de l'union conjugale (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 542; arrêt 5P\_189/2002 du 17 juillet 2002, c. 2, publié in: FamPra.ch [La Pratique du droit de la famille] 2002 p. 836). Un conjoint peut ainsi se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, in Basler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., n. 10 ad art. 137 CC). Dans chaque cas concret, il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle prenne une activité lucrative, ou augmente celle qu'elle exerce déjà, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, cas échéant, du temps plus ou moins long durant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle (ATF 114 II 13 c. 5 p. 17, 301 c. 3a p. 302).

Lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité contributive d'un indépendant, il y a lieu de tenir compte d'une moyenne de revenus sur plusieurs années (TF 5A\_246/2009 du 22 mars 2010, FamPra.ch.2010 p. 678).

En droit suisse, le parent auquel l'autorité parentale est attribuée fait valoir, en son propre nom et à la place de l'enfant mineur, les contributions d'entretien dues à celui-ci. Lorsque l'enfant devient

majeur en cours de procédure, cette faculté du parent (Prozesstandschaft) perdue pour les contributions postérieures à l'accès de la majorité, pour autant que l'enfant désormais majeur y consente (ATF 129 III 55 c. 3).

**c)** En l'espèce, l'intimé travaille en qualité de médecin dentiste indépendant. Il admet qu'il gagnait quelque 12'000 fr. par mois en 2008, lorsqu'il est convenu avec l'appelante qu'il verserait une contribution de 4'250 fr. par mois pour son entretien et celui de sa fille. Cette pension a ensuite été réduite à 3'650 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Pour déterminer le revenu de l'intimé, le premier juge s'est fondé sur les comptes du cabinet dentaire pour l'année 2009, faisant apparaître des prélèvements privés de 7'141 fr. par mois alors qu'une moyenne sur la base des seules années 2008 et 2009 aurait donné un revenu mensuel de l'ordre de 9'600 fr. ( $12'000 + 7'141 : 2$ ). L'on peut se demander au surplus si les comptes de l'intimé sont fiables, à défaut d'indication au sujet de la personne qui les aurait établis et d'informations au sujet du paiement éventuel d'honoraires au comptant. Quoiqu'il en soit, rien ne justifie que l'intimé ait diminué son activité indépendante au point de réduire de quelque 5'000 fr. par mois son revenu, alors qu'il est tenu de contribuer à l'entretien de son épouse et de sa fille. Il ne suffit pas à cet égard, comme il l'alléguait le 17 juin 2008 sous chiffre 28 de son procédé écrit sur requête de mesures provisionnelles, qu'il "aspire à diminuer son activité ne serait-ce que pour des motifs physiques". En particulier, l'intimé n'établit pas que son état de santé l'aurait contraint à abaisser son taux d'activité. Il s'est en effet borné à alléguer sous chiffre 7 de sa requête de mesures provisionnelles du 3 septembre 2010 qu'il souffrait d'une pathologie de la colonne vertébrale, sans toutefois produire de pièces à ce sujet. Il faut dès lors s'en tenir à un gain mensuel de l'intimé de quelque 10'000 fr. par mois, qui, compte tenu des tarifs pratiqués par les dentistes et de leur aisance notoire, paraît conforme à la réalité. L'intimé, compte tenu de ses charges qu'il a lui-même évaluées à 5'240 fr., est ainsi en mesure de poursuivre le paiement de la pension globale pour son épouse et sa fille arrêtée par convention à 3'650 fr. en 2009.

L'intimé n'a pas établi en première instance que son épouse disposerait d'un revenu. L'on ne dispose pas d'éléments permettant d'imputer à celle-ci un revenu hypothétique. L'on sait seulement qu'elle s'est vu refuser un droit à l'indemnité de chômage en 2005 et qu'en 2008, elle bénéficiait à Genève de "mesures cantonales sous un délai-cadre non indemnisé". L'intimé n'est pas fondé à requérir en instance d'appel la production de pièces concernant un éventuel emploi à temps partiel de l'appelante. Certes, avait-il requis par lettre du 3 septembre 2010 que son épouse "fournisse tous documents relatifs à ses revenus et ses charges". Le premier juge avait alors émis un ordre de production dans ce sens par lettre du 6 septembre 2010, qui n'a toutefois pas été exécuté. A l'audience de mesures provisionnelles du 11 novembre 2010, l'appelante n'a pas produit de pièces et l'intimé n'a pas renouvelé sa réquisition, si bien qu'il est à tard pour le faire dans le cadre de la procédure d'appel. Cela étant, il n'y a pas à corriger une instruction inquisitoire défailante du premier juge à ce sujet. L'appelant ne démontre pas non plus que l'éventuel emploi de son épouse correspondrait à un fait nouveau au sens de l'art. 317 al. 1 let. b CPC, à savoir qu'il n'aurait pu être invoqué en première instance malgré la diligence dont il aurait fait preuve. Enfin, l'enfant des parties étant majeure, il n'y a pas à procéder à une instruction selon la maxime d'office.

Dans la mesure où la procédure a été ouverte alors que l'enfant était mineure, l'intimé ne peut pas non plus prétendre qu'il "conviendrait de distinguer les deux contributions d'entretien", à savoir celle de l'appelante et celle de sa fille compte tenu du fait que cette dernière a expressément consenti, par acte du 24 mars 2011, à ce que sa mère agisse en son nom.

**5.** En conclusion, l'appel est admis et l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 février 2011 rendue par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois est réformée en ce sens que la requête de mesures provisionnelles formée le 3 septembre 2010 par A.V. \_\_\_\_\_ est rejetée, dite ordonnance étant confirmée pour le surplus.

Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'intimé sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

L'intimé ayant succombé, des dépens, à hauteur de 1'400 fr., sont alloués à l'appelante (art. 37 CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02).

Une indemnité d'office à hauteur de 700 fr., TVA et débours compris, est accordée au conseil de l'appelante.

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est admis.
- II. L'ordonnance est réformée au chiffre I de son dispositif en ce sens que la requête de mesures provisionnelles formée le 3 septembre 2010 par A.V.\_\_\_\_\_ est rejetée. Cette ordonnance est confirmée pour le surplus.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimé A.V.\_\_\_\_\_.
- IV. L'intimé A.V.\_\_\_\_\_ doit verser à l'appelante A.V.\_\_\_\_\_ la somme de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'indemnité d'office de Me Jean-Pierre Bloch, conseil de l'appelante, est arrêtée à 700 fr. (sept cents francs), TVA et débours compris.

**VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 5 avril 2011.

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

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 Jean-Pierre Bloch (pour X. \_\_\_\_\_),
- Me Alex Wagner (pour A.V. \_\_\_\_\_).

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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :