

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 janvier 2012

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffier : Mme Bertholet

Art. 179 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.F.**_____, à Gland, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 novembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.F.**_____, à Prangins, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 novembre 2011, communiquée le même jour aux parties et distribuée le lendemain à l'appelant, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 26 août 2011 par A.F. _____ contre B.F. _____, la contribution d'entretien due étant fixée à 5'000 fr. dès le 1^{er} août 2011 (I), mis les frais judiciaires par 400 fr. à la charge du requérant (II) et dit que A.F. _____ doit verser à B.F. _____ la somme de 600 fr. à titre de dépens.

En droit, le premier juge a examiné la situation financière des parties pour déterminer si des faits nouveaux justifiaient de nouvelles mesures provisionnelles. S'agissant du requérant, constatant qu'il apparaissait comme quelqu'un d'encore actif, ayant des projets et rompu aux affaires, le premier juge a retenu qu'il était en mesure de réaliser un revenu mensuel net de l'ordre de 10'000 francs. Chiffrant ses charges à 4'600 fr., il a jugé que le requérant pouvait aisément verser une contribution d'entretien mensuelle de 5'000 fr. en faveur de l'intimée, quand bien même il ne percevait plus, depuis la vente de l'appartement de Rolle, le revenu locatif mensuel de 5'800 francs. Constatant enfin que la situation financière de l'intimée n'avait subi aucun changement, le premier juge a maintenu la pension de 5'000 fr. en sa faveur.

B. Par acte du 2 décembre 2011, A.F. _____ a fait appel de ce jugement concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien due en faveur de son épouse, selon convention du 16 septembre 2010, soit supprimée à compter du 1^{er} août 2011. Il a produit un bordereau de pièces.

Dans sa réponse du 19 janvier 2012, B.F. _____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel.

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

1. A.F._____, né le [...] 1948, requérant, et B.F._____ le [...] 1949, intimée, tous deux de nationalité néerlandaise, se sont mariés le [...] 1971 à Arnhem (Pays-Bas).

Quatre enfants sont issus de leur union: [...], né le [...] 1974, [...], née le [...] 1978, [...], née le [...] 1982, et [...], née le [...] 1984 et décédée le [...] 1994.

Les parties vivent séparées de fait depuis 2002.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 juin 2009, confirmé par jugement d'appel du 1^{er} mars 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a notamment astreint le requérant à verser à l'intimée une pension de 8'500 fr. dès et y compris le 1^{er} mai 2009.

A cette époque, le requérant était employé par la société [...] SA ([...] SA), active dans le conseil en matière de développement et l'organisation d'entreprise et dont il était l'actionnaire principal. Pour cette activité, il réalisait un revenu mensuel net de l'ordre de 17'500 fr. à 20'000 francs.

2. Par demande unilatérale de divorce du 24 mars 2010, l'intimée a ouvert action devant le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte concluant notamment, avec dépens, à ce que le requérant soit astreint à contribuer à son entretien par le versement d'une pension de 8'500 fr. jusqu'à ce qu'elle ait atteint l'âge de la retraite.

La société [...] SA a été déclarée en faillite par prononcé du 21 juin 2010.

Par convention signée le 16 septembre 2010 lors d'une audience de mesures provisionnelles, ratifiée séance tenante par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, les parties sont notamment convenues que le requérant contribuerait à l'entretien de l'intimée par le versement d'une contribution mensuelle de 5'000 fr. dès le 1^{er} août 2010, que cette contribution serait partiellement réglée par le loyer de l'appartement de Rolle, alors fixé à 5'800 fr. et versé sur le compte joint des époux, sous déduction de toutes les charges afférentes à cet appartement, et que le solde de la contribution d'entretien due par le requérant serait exigible lors de la liquidation du régime matrimonial des parties.

Par convention signée le 9 décembre 2010, ensuite de l'acte de vente instrumenté le 8 novembre 2010 et portant sur l'immeuble sis à Gland appartenant au requérant, ratifiée le 14 décembre 2010 par le premier juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, les parties sont notamment convenues que la somme de 90'000 fr. serait prélevée sur le prix de vente en faveur de l'intimée et la somme de 60'000 fr. en faveur du requérant, le solde du bénéfice de la vente, après paiement des intérêts hypothécaires, des impôts, des droits de courtage et des deux sommes susmentionnées, devant être versé et consigné en mains de Me [...], notaire à Nyon, commis à la liquidation du régime matrimonial des parties.

Par acte du 19 mai 2011, les parties ont vendu leur appartement de Rolle pour un prix de 1'650'000 francs, montant qui a été consigné en mains de Me [...]. La réquisition de transfert immobilier a été signée le 30 juin suivant.

Par convention partielle sur les effets du divorce signée le 19 mai 2011, ratifiée le 29 juin 2011 par le premier juge, les parties sont notamment convenues que la part de copropriété du requérant sur l'immeuble sis à Arès (Gironde, France) était transférée à l'intimée, à charge pour elle de lui verser sa contre-valeur, soit 240'000 euros, par imputation sur sa part dans la liquidation de leur régime matrimonial.

Par requête de mesures provisionnelles du 26 août 2011, le requérant a conclu, avec suite de frais et dépens, à la suppression de la contribution d'entretien due à l'intimée, selon convention du 16 septembre 2010, avec effet au 1^{er} août 2011.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 26 octobre 2011, les parties sont notamment convenues qu'ordre soit donné à Me [...] de verser à chacune d'elles la somme de 40'000 fr. à valoir sur la liquidation du régime matrimonial ainsi qu'à l'intimée la somme de 20'000 fr. à valoir sur les contributions d'entretien. Pour le surplus, les parties ont déclaré s'en remettre à justice "quant au sort et à la fixation d'une éventuelle contribution d'entretien dès le 1^{er} août 2011".

A ce jour, exerçant une activité résiduelle pour le compte d'une société hollandaise, le requérant déclare qu'il réalise un revenu annuel de l'ordre de 10'000 francs.

En droit :

1. a) L'ordonnance querellée ayant été communiquée aux parties le 21 novembre 2011, les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 11 ad art. 405 CPC, p. 1534).

b) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). La valeur du litige se calcule selon le droit fédéral; les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'elles représentent et, si la durée des prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué du montant annuel du revenu ou de la prestation multiplié par

vingt (art. 92 al. 1 et 2 CPC). L'appelant ayant requis en première instance la suppression du versement d'une contribution d'entretien mensuelle de 5'000 fr., la valeur du litige est bien supérieure à 10'000 fr. et la voie de l'appel ouverte. La procédure sommaire étant applicable aux mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce (art. 271 al. 1 CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

c) Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) le présent appel, écrit et motivé, introduit auprès de l'instance d'appel soit, en l'occurrence, la Cour d'appel civil dont un membre statue comme juge unique (art. 84 al. 1 et 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]), est recevable à la forme.

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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (CACI 14 mars 2011/12 c. 2 in JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'état de fait du jugement entrepris a été complété ci-dessus sur la base des pièces au dossier de première instance.

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 preuve de la diligence requise, ces deux conditions

étant cumulatives (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). 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 (JT 2011 III 43 et les références citées).

Outre deux pièces (pièces 3 et 7) déjà produites en première instance, l'appelant a produit, sous pièce 1, deux rapports établis par le Dr [...], l'un le 17 novembre 2011 et l'autre le 7 octobre 2011. Le rapport postérieur à l'audience de mesures provisionnelles est recevable. Le second rapport doit en revanche être écarté pour les motifs mentionnés plus haut.

3. a) L'appelant reproche au premier juge d'avoir maintenu la contribution d'entretien de 5'000 fr. en faveur de l'intimée. En substance, il fait valoir que sa situation financière s'est modifiée depuis l'audience de mesures provisionnelles du 16 septembre 2010 et qu'un revenu hypothétique ne saurait lui être imputé.

b) Selon l'art. 179 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) relatif aux mesures protectrices de l'union conjugale, applicables par analogie aux présentes mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 CPC), à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

D'après la jurisprudence fédérale 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 le nouveau

CPC (Kobel, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Zurich/Bâle/Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC, p. 1612). Il appartient au requérant à la modification d'établir, ou du moins de rendre vraisemblable, ce changement de circonstances (art. 8 CC).

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 II 118 c. 2.3) - que l'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 de la 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). En second lieu, 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).

c) En l'espèce, il convient de constater que les circonstances de fait ont changé de manière essentielle et durable depuis l'audience de mesures provisionnelles du 16 septembre 2010. Lors de cette audience, les parties avaient réglé le problème de la contribution d'entretien en

fixant son montant à 5'000 fr. et en en précisant les modalités, à savoir que son paiement serait opéré au moyen du loyer de l'appartement de Rolle appartenant aux parties en copropriété, sous déduction des charges liées à cet immeuble, l'éventuel solde en faveur de l'intimée n'étant exigible qu'à la liquidation du régime matrimonial. Dès lors que par acte du 19 mai 2011, les parties ont vendu l'appartement susmentionné, force est d'admettre que la situation des parties s'est modifiée, qu'il s'agit d'un fait nouveau et durable qui justifie un réexamen de la contribution d'entretien en faveur de l'intimée.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de déterminer si le loyer de 3'000 fr. que verse l'appelant depuis la vente de son immeuble à Gland est inférieur au montant dont il devait s'acquitter auparavant au regard des quatre dettes hypothécaires qui grevaient ce bien immobilier, comme le prétend l'intimée (réponse, pp. 4-5).

d) Pour fixer la contribution d'entretien due par l'appelant à l'intimée, le premier juge a considéré qu'il y avait lieu de lui imputer un revenu hypothétique de l'ordre de 10'000 fr. nets par mois. Cette appréciation ne saurait être suivie.

A titre liminaire, il y a lieu de relever, d'une part, qu'un revenu effectif de l'appelant supérieur à 10'000 fr. par année n'est nullement établi et, d'autre part, qu'au regard des éléments au dossier, il ne peut être tenu compte d'un revenu hypothétique. L'appelant est âgé de presque 65 ans et souffre, selon le rapport établi le 17 novembre 2011 par le Dr [...], de tachycardie ventriculaire catécholergique. Autrefois au service de la société [...] SA, active dans le conseil en matière de développement et l'organisation d'entreprise, il ne touche aujourd'hui plus d'honoraires, cette société ayant été déclarée en faillite par prononcé du 21 juin 2010. Ainsi, compte tenu de son âge, de son état de santé et de la situation du marché du travail, rien ne permet d'affirmer que l'appelant disposerait d'une capacité de gain supérieure à celle qu'il admet.

Par ailleurs, on ne saurait voir, comme le soutient l'intimée (réponse, p. 6), dans le fait que l'appelant renonce à prétendre au versement d'indemnités de chômage le signe qu'il serait conscient du potentiel qu'il peut encore tirer de son activité de consultant indépendant. En effet, dès lors que, de par son statut d'indépendant, il n'a pas payé de cotisations d'assurance-chômage, il n'a pas droit à des indemnités de cette assurance. S'agissant des prestations d'invalidité, on ne saurait davantage en tenir compte, dans la mesure où rien n'indique que l'appelant pourrait les obtenir à bref délai.

En l'espèce, il y a bien davantage lieu de retenir que la contribution d'entretien provisionnelle de 5'000 fr. convenue par les parties le 16 septembre 2010 ne reposait que sur l'existence du loyer de 5'800 fr. de l'appartement de Rolle. Celui-ci ayant été vendu et le prix consigné en vue de la liquidation du régime matrimonial, les prévisions de la convention précitée sont caduques. En passant cette convention, l'intimée avait non seulement admis que la contribution en sa faveur soit réduite de 8'500 fr. à 5'000 fr., mais également que son paiement ne soit opéré qu'au moyen du loyer susmentionné et non des revenus de l'appelant, dès lors qu'il était expressément précisé qu'un éventuel solde en faveur de l'intimée ne serait dû qu'à la liquidation du régime matrimonial. A ce jour, rien ne justifie que ce point de vue conventionnel, correspondant à la réelle et commune intention des parties (18 al. 1 CO), soit désormais occulté au profit d'une détermination d'office d'un revenu hypothétique de l'appelant. Il y a bien plutôt lieu de constater que le fondement de la pension conventionnelle fait désormais défaut et que l'obligation y relative de l'appelant ne peut pas perdurer. Par conséquent, la conclusion de l'appelant tendant à ce qu'il soit libéré de l'obligation de verser une contribution d'entretien à l'intimée, cela à compter du 1^{er} août 2011, doit être admise, dès lors que l'appartement de Rolle a été aliéné en mai 2011 et la réquisition de transfert immobilier signée le 30 juin suivant.

L'intimée n'ayant pas pris de conclusions tendant à ce qu'une nouvelle contribution d'entretien soit fixée et prélevée sur les biens des parties consignés en mains du notaire chargé de la liquidation du régime

matrimonial, il n'y a pas lieu d'examiner d'office si une telle voie devrait être suivie, cette question étant régie par le principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC). Cela se justifie d'ailleurs d'autant moins que l'on ignore quels sont les besoins effectifs de l'intimée.

Le moyen de l'appelant doit être admis.

4. Sur le vu de ce qui précède, l'appel doit être admis.

Il doit être à nouveau statué en ce sens que la requête de mesures provisionnelles formée le 26 août 2011 par l'appelant est admise et que la contribution d'entretien en faveur de l'intimée est supprimée à compter du 1^{er} août 2011. S'agissant des frais, l'intimée ayant déclaré lors de l'audience du 26 octobre 2011 qu'elle s'en remettait à justice au sujet de la fixation d'une éventuelle contribution d'entretien en sa faveur, il ne se justifie pas qu'elle supporte des dépens de première instance. Quant aux frais judiciaires de première instance, ceux-ci doivent être répartis par moitié entre les parties.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée doit verser à l'appelant, qui obtient gain de cause, la somme de 3'000 fr. à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 2 al. 1, 3, 7 al. 1 et 20. al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

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. Il est statué à nouveau comme il suit :

I.- admet la requête de mesures provisionnelles formée le 26 août 2011 par A.F._____;

II.- dit que la contribution d'entretien due par A.F._____ à B.F._____ est supprimée à compter du 1^{er} août 2011;

III.- met les frais de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs) à la charge de A.F._____;

IV.- dit que B.F._____ doit verser à A.F._____ la somme de 200 fr. (deux cents francs) à titre de restitution d'avance de frais;

V.- dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'intimée.

IV. L'intimée B.F._____ doit verser à l'appelant A.F._____ la somme de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 24 janvier 2012

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 Bernard de Chedid (pour A.F. _____),
- Me Jean-David Pelot (pour B.F. _____).

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).

La greffière :