Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 317/2011

Arrêt du 22 novembre 2011
IIe Cour de droit civil

Composition
Mmes et MM. les Juges Hohl, Présidente,
Escher, L. Meyer, von Werdt et Herrmann.
Greffière: Mme Achtari.

Participants à la procédure
A._____,
représenté par Me Alex Wagner,
avocat,
recourant,

contre

1. dame A._____,
représentée par Me Jean-Pierre Bloch, avocat,
intimée,
2. B._____,

Objet
mesures provisionnelles (modification de la contribution d'entretien),

recours contre l'arrêt du Juge délégué de la Cour
d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud
du 4 avril 2011.

Faits:

A.
A.a A._____, né en 1955, et dame A._____, née en 1958, se sont mariés le 12 juin 1987 à Genève. De cette union est issue une fille, B._____, née en 1991.
A.b Le 22 avril 2008, A._____ a déposé une demande unilatérale en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Durant cette procédure, dame A._____ a requis des mesures provisionnelles le 28 mai 2008, concluant notamment au versement d'une contribution de 5'500 fr. pour l'entretien de la famille. Au cours de l'audience qui s'est tenue le 28 août 2008, les parties ont conclu une convention à ce sujet, par laquelle A._____ s'est engagé à verser une contribution mensuelle de 4'250 fr. pour sa famille. Par la suite, A._____ a déposé une requête de modification de ces mesures, suite à laquelle les parties ont conclu, en date du 5 mars 2009, une convention réduisant la contribution précitée à 3'650 fr.

B.
B.a Le 3 septembre 2010, A._____ a requis une nouvelle modification des mesures provisionnelles, concluant à ce que la contribution en faveur de sa famille soit réduite à 1'000 fr. par mois. A l'appui de sa requête, il a invoqué qu'une pathologie à la colonne vertébrale l'empêchait d'exercer son activité de médecin-dentiste

à 100% et entraînait une diminution de ses revenus. Dame A._____ a conclu au rejet de la requête. Après avoir tenu audience le 11 novembre 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a, par ordonnance du 4 février 2011, partiellement admis la requête, condamnant A._____ à contribuer à l'entretien de son épouse et de sa fille majeure B._____, dès le 1er septembre 2010, par le versement régulier d'une pension mensuelle de 1'900 fr., montant payable d'avance le premier de chaque mois à dame A._____.
B.b Le 17 février 2011, dame A._____ a formé un appel contre cette ordonnance, concluant à ce que la contribution d'entretien due par A._____, dès et y compris le 1er septembre 2010, soit fixée à dire de justice. Dans sa réponse du 11 mars 2011, A._____ a conclu au rejet de l'appel. Par arrêt du 4 avril 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal de l'Etat de Vaud a admis l'appel et réformé l'ordonnance attaquée en ce sens que la requête de modification des mesures provisionnelles formée le 3 septembre 2010 par A._____ est rejetée.

C.
Par mémoire posté le 3 mai 2011, A._____ interjette un recours en matière civile contre cet arrêt, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants.
Invitée à déposer ses observations, dame A._____ a conclu à ce que la cause soit rayée du rôle, faute de litispendance de l'action en divorce, subsidiairement à ce que le recours soit rejeté; elle a également requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire. L'autorité cantonale s'est référée aux considérants de son arrêt. Pour sa part, B._____ ne s'est pas déterminée.
Le recourant a répliqué aux observations de dame A._____, qui a ensuite dupliqué.

D.
Par ordonnance présidentielle du 18 mai 2011, l'effet suspensif a été accordé au recours en ce qui concerne les contributions d'entretien arriérées dues jusqu'à et y compris le mois de mai 2011; il a été refusé pour les contributions futures.

Considérant en droit:

1.
1.1 Le recourant dirige son recours tant contre son épouse que contre sa fille majeure. Or, sur interpellation de l'autorité cantonale, celle-ci a déclaré autoriser sa mère à réclamer pour son compte une contribution d'entretien dans le cadre du procès en divorce qui opposait ses parents. Elle ne figure pas en qualité de partie dans le rubrum de l'arrêt attaqué. Dans ces circonstances, B._____ doit être considérée comme une simple participante à la procédure. Le recours doit dès lors être déclaré irrecevable, en tant qu'il est dirigé contre elle.

1.2 Pour le reste, la décision de modification des mesures provisoires (art. 137 aCC applicable en l'espèce dès lors que la requête de modification des mesures provisoires a été introduite avant le 1er janvier 2011) est une décision en matière civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF. Bien qu'elle soit prise alors qu'une procédure (principale) de divorce est pendante, elle est finale au sens de l'art. 90 LTF, car son objet est différent de celui de la procédure au fond et elle met fin à l'instance sous l'angle procédural (ATF 134 III 426 consid. 2.2 et les réf. citées). Comme le recours porte uniquement sur la contribution d'entretien, il a pour objet une décision rendue dans une affaire pécuniaire (ATF 133 III 393 consid. 2), dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4, 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant, qui a succombé devant la juridiction précédente, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF). Il a par ailleurs déposé son recours en temps utile (art. 100 al. 1 LTF), contre une décision prise sur recours par le tribunal cantonal supérieur (art. 75 LTF). Le recours en matière civile est donc en principe recevable contre dame A._____ (ci-après: intimée).

2.
Comme l'arrêt attaqué porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés (art. 106 al. 2 LTF), à savoir expressément

soulevés et exposés de manière claire et détaillée (principe d'allégation; ATF 133 IV 286 consid. 1.4). Il n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 133 III 589 consid. 2). En vertu des principes de la bonne foi et de l'épuisement des griefs, tous les moyens nouveaux sont exclus, sauf dans les cas où seule la motivation de la décision attaquée donne l'occasion de les soulever (ATF 133 III 639 consid. 2).

3.
En premier lieu, il faut examiner si, comme le soutient l'intimée, la cause doit être rayée du rôle, parce que la procédure de divorce devrait, selon elle, l'être prochainement.
3.1
3.1.1 Il ressort du dossier judiciaire que, le 22 avril 2008, le recourant a déposé une requête unilatérale en divorce, concluant notamment à la dissolution du mariage. Dans sa réponse du 28 mai 2008, l'intimée s'est opposée au divorce, soutenant que le délai de deux ans de l'art. 114 CC n'était pas écoulé. Elle a alors demandé que les conclusions prises par le demandeur soient écartées.
3.1.2 Dans ses observations du 4 août 2011, l'intimée expose qu'en date du 30 juin 2011, le recourant a passé expédient sur les conclusions qu'elle a prises dans sa réponse à la demande en divorce et qu'il a requis la radiation de la cause du rôle. Elle soutient que la procédure de divorce serait dès lors éteinte et que le recours sur mesures provisionnelles pendant devant le Tribunal fédéral n'aurait plus d'objet, faute de litispendance de la procédure de divorce.
Pour sa part, le recourant ne conteste pas son passé-expédient. Il relève néanmoins que, même si la cause de divorce est rayée du rôle, il conserve un intérêt à connaître la quotité de la contribution d'entretien due à sa famille et déclare donc maintenir son recours.
3.2
3.2.1 En principe, les faits et moyens de preuve nouveaux, ainsi que les conclusions nouvelles, ne peuvent pas être présentés dans le recours en matière civile de l'art. 98 LTF (cf. supra consid. 2 in fine). Comme dans le recours des art. 95-97 LTF, en lien avec l'art. 99 LTF, il y a toutefois des exceptions; il est notamment possible d'invoquer et de prouver des faits nouveaux qui rendent le recours sans objet (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2009, n°22 ad art. 99 LTF).
3.2.2 Dès le début de la litispendance, chaque époux peut mettre fin à la vie commune pendant la durée du procès et demander au juge des mesures provisionnelles d'ordonner toutes les mesures nécessaires à l'organisation de la vie séparée (cf. art. 137 al. 1 et 2 aCC, correspondant, depuis le 1er janvier 2011, aux art. 275 et 276 al. 1 CPC). Avant que l'action en divorce ne soit pendante, c'est le juge des mesures protectrices de l'union conjugale qui est compétent pour le faire. Les mesures protectrices que ce juge a ordonnées déploient encore leurs effets pendant la procédure de divorce, si elles ne sont pas modifiées par des mesures provisionnelles (ATF 129 III 60 consid. 2; arrêt 5A 182/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.1; arrêt 5A 183/2010 du 19 avril 2010 consid. 3.3.1). Les compétences respectives du juge des mesures protectrices et du juge des mesures provisionnelles dépendent donc du moment où débute la litispendance de l'action en divorce. En revanche, les effets des mesures protectrices ordonnées pour l'organisation de la vie séparée perdurent au-delà de cette litispendance. Il doit en aller de même dans le cas inverse, soit lorsque des mesures provisionnelles ont été ordonnées alors que l'action en divorce était pendante.
Si la litispendance cesse, sans toutefois qu'un jugement de divorce n'ait été rendu, le juge des mesures provisionnelles n'est plus compétent pour modifier ces mesures; seul le juge des mesures protectrices l'est désormais, aux conditions de l'art. 179 al. 1 CC. Néanmoins, les effets des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la vie séparée perdurent tant que les parties demeurent séparées et que le juge des mesures protectrices ne les a pas modifiées sur requête des parties.

3.3 En l'espèce, même si la procédure de divorce devait être rayée du rôle, suite au passé-expédient du défendeur, les mesures provisionnelles ordonnées alors que cette action était pendante continueraient à déployer leurs effets tant que les époux restent séparés. Il y a donc lieu de statuer sur le recours interjeté.

4.
La cour cantonale a réformé le jugement attaqué et rejeté la requête de modification des mesures provisionnelles formée par l'époux le 3 septembre 2010. Elle a considéré qu'il y avait lieu d'admettre que ce dernier gagnait quelques 10'000 fr. par mois et que, compte tenu de ses charges de 5'240 fr., il pouvait par conséquent

continuer à verser la contribution à l'entretien de son épouse et de sa fille fixée à 3'650 fr. par mois. Pour des motifs de procédure, elle a refusé d'examiner si l'épouse disposait d'un revenu.
Le recourant s'en prend tant au refus de la cour cantonale d'administrer des preuves concernant le revenu de son épouse (cf. infra consid. 5) qu'à la fixation de son propre revenu hypothétique (cf. infra consid. 6).

5.
Le recourant reproche tout d'abord à l'autorité cantonale d'avoir refusé de considérer que le fait que son épouse exerce une activité lucrative constitue un fait nouveau, à prendre en compte en procédure d'appel. Il se plaint à cet égard de la violation de l'art. 9 Cst. dans l'application de l'art. 317 CPC et dans l'établissement des faits.

5.1 La cour cantonale a considéré que, même en procédure sommaire où la maxime inquisitoire s'applique (art. 272 CPC), les parties ne peuvent pas invoquer des faits nouveaux en dehors des conditions prévues par l'art. 317 CPC. Elle a ensuite retenu, dans la mesure où on peut la comprendre, que le recourant avait requis, en première instance, la production de tous les documents et pièces relatifs aux revenus et charges de son épouse, mais qu'il n'avait pas réitéré l'administration de ces moyens de preuve à l'audience du 11 novembre 2010. Pour cette raison, le recourant ne pouvait pas requérir celle-ci en appel. Par ailleurs, la cour cantonale a considéré que le recourant n'avait pas non plus démontré que l'éventuel emploi de son épouse constituait un fait nouveau recevable au sens de l'art. 317 al. 1 let. b CPC.
5.2
5.2.1 En l'absence de grief relatif à l'application de l'art. 317 CPC aux procès soumis à la maxime inquisitoire, la Cour de céans ne peut examiner cette question (cf. supra consid. 2).
5.2.2 Le recourant ne conteste pas qu'il a omis de réitérer ses offres de preuve à l'audience de première instance du 11 novembre 2010. S'agissant de son grief en lien avec l'art. 317 CPC, il se borne à dire qu'il ignorait que son épouse avait un emploi et que celle-ci avait allégué, en première instance, n'avoir aucun revenu. Par cette motivation, il ne démontre pas que la cour cantonale a versé dans l'arbitraire en considérant qu'il n'avait pas établi le caractère nouveau, au sens de l'art. 317 CPC, du fait qu'il invoque. Cela vaut d'autant plus que le recourant va lui-même jusqu'à admettre qu'il a été en mesure de communiquer encore au juge de première instance le 7 janvier 2011 que son épouse avait un emploi, relevant que l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 février 2011 « n'en fait aucunement état ». Or, par cette dernière critique, le recourant semble reprocher à ce magistrat d'avoir violé son droit d'être entendu, en ne motivant pas sa décision sur la suite à donner à son allégué. Toutefois, il n'a pas soulevé ce grief dans sa réponse à l'appel. Ainsi, outre que cette argumentation lapidaire ne répond pas aux exigences du principe d'allégation, le grief relatif à l'art. 29 al. 2 Cst. invoqué pour la première fois
dans le présent recours doit être considéré comme nouveau, et donc irrecevable (cf. supra consid. 2).

6.
En ce qui concerne son propre revenu, le recourant se plaint de la violation de l'art. 9 Cst. dans l'établissement des faits. Il reproche à l'autorité cantonale de lui avoir imputé un revenu hypothétique de 10'000 fr., au lieu de s'en tenir à son revenu effectif de 7'100 fr. environ.

6.1 L'autorité cantonale a constaté que le recourant était médecin-dentiste indépendant. Ce dernier avait admis qu'en 2008, il avait gagné environ 12'000 fr. par mois. Il ressortait des comptes qu'il avait produits, que le recourant avait opéré des prélèvements privés de 7'141 fr. par mois en 2009. La cour cantonale s'est toutefois demandé si ces comptes étaient fiables, faute d'indication de la personne qui les avaient établis et d'informations au sujet du paiement éventuel d'honoraires au comptant. Quoi qu'il en soit, elle a considéré que rien ne justifiait que le recourant diminuât son activité au point de réduire de quelques 5'000 fr. par mois son revenu, alors qu'il était tenu de contribuer à l'entretien de son épouse et de sa fille. Selon elle, il ne suffisait pas à cet égard qu'il eût allégué souffrir d'une "pathologie à la colonne vertébrale", dès lors qu'il n'avait pas établi que son état de santé l'aurait contraint à réduire son taux d'activité. Partant, la cour a jugé qu'il fallait s'en tenir à un revenu mensuel du recourant de quelques 10'000 fr. par mois, montant qui paraissait conforme à la réalité pour un médecin-dentiste. Vu ses charges évaluées à 5'240 fr., le recourant pouvait donc continuer à verser une pension globale de 3'650 fr. en faveur de sa famille.

6.2 Contrairement à ce que croit le recourant, la cour cantonale n'a pas jugé que ses comptes n'étaient pas probants; elle s'est seulement demandé si ceux-ci étaient fiables. Dans tous les cas, elle s'est en réalité fondée sur un autre motif - « quoiqu'il en soit » (sic) - pour lui imputer un revenu hypothétique de quelques 10'000 fr.: elle a en effet considéré que ce montant pouvait être retenu dès lors que le recourant n'était pas en droit de diminuer son activité, vu la charge d'entretien qui lui incombait, et qu'il n'était pas établi que son état de santé imposait cette diminution. Or, à cet égard, sans même préciser qu'il fait référence à son état de santé, le recourant affirme, pour toute critique, que la cour « constate faussement l'absence d'une preuve par inadvertance sans doute »; faute de motivation sur l'appréciation arbitraire des preuves, son grief est irrecevable. Le certificat médical daté du 11 août 2011 concernant sa capacité de travail résiduelle que le recourant a produit devant le Tribunal fédéral est irrecevable, en tant qu'il constitue un nouveau moyen de preuve (cf. supra consid. 2 in fine).
Pour le reste, le recourant se borne à affirmer, de manière toute générale, que le juge aurait dû vérifier s'il avait la possibilité d'obtenir "à nouveau", soit pour l'avenir, un tel revenu; il ne présente aucun grief en lien avec le fait que la cour lui a imputé un revenu hypothétique depuis le jour où il a réduit ses gains. Ainsi, pour autant que sa critique réponde au principe d'allégation (cf. supra consid. 2), le recourant ne démontre pas en quoi l'autorité cantonale aurait versé dans l'arbitraire en lui imputant un revenu hypothétique de 10'000 fr., alors qu'il n'a pas rendu vraisemblable que son état de santé lui imposait de réduire son taux d'activité. En effet, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'apparaît pas insoutenable, comme le propose une partie de la doctrine, de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (cf. ATF 128 III 4 consid. 4a in fine, où la question a été laissée ouverte, et les auteurs cités, notamment: THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n°48 ad art. 125 CC).

7.
Le recourant se plaint également de l'application arbitraire (art. 9 Cst.) de l'art. 318 CPC.

7.1 Dans son ordonnance du 4 février 2011, le juge de première instance a statué comme suit sur la requête en modification des mesures provisionnelles formée par le débirentier: "I. dit que, dès le 1er septembre 2010, A._____ doit contribuer à l'entretien de son épouse et de sa fille majeure B._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'900 fr., montant payable d'avance, le premier de chaque mois, à dame A._____. II. [...]". Dans l'arrêt attaqué, l'autorité cantonale a statué comme suit: "I. L'appel est admis, II. L'ordonnance est réformée au chiffre I de son dispositif en ce sens que la requête des mesures provisionnelles formée le 3 septembre 2010 par A._____ est rejetée. Cette ordonnance est confirmée au surplus. III. [...]".

7.2 Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir rendu une décision arbitraire en n'ayant "ni confirmé la décision attaquée, ni statué à nouveau, ni renvoyer [recte: renvoyé]la cause à la première instance". Puisque l'intimée avait conclu dans son appel à ce que la contribution soit fixée à dire de justice, elle admettrait, selon lui, qu'il devait y avoir une instruction.

7.3 Selon l'art. 318 al. 1 CPC, l'instance d'appel peut confirmer la décision attaquée, statuer à nouveau ou renvoyer la cause à la première instance. Contrairement à ce que soutient le recourant, l'autorité cantonale a statué à nouveau, comme cette norme l'autorise à le faire. Elle a annulé la décision de première instance puis réformé celle-ci en ce sens que la requête de modification des mesures provisionnelles est rejetée. Il s'ensuit que la contribution d'entretien selon la convention ratifiée par le juge le 5 mars 2009 reste due, ce qui ressort clairement des motifs de l'arrêt attaqué (cf. consid. 4c de l'arrêt attaqué). Le fait que l'intimée ait conclu à ce que la contribution soit fixée à dire de justice ne pouvait empêcher l'autorité cantonale de réformer l'arrêt attaqué. En effet, il n'est pas insoutenable de comprendre de ces conclusions en appel que l'épouse entendait au moins faire maintenir la pension de 3'650 fr. fixée précédemment. Partant, l'autorité cantonale n'a pas appliqué de manière arbitraire l'art. 318 CPC.

8.
Dans un dernier grief, le recourant prétend que sa fille serait en échec scolaire et que "ce point n'a pas pu être élucidé malgré une requête dans ce sens figurant dans [s]a réponse à l'appel". Il y voit une mauvaise application

de l'art. 317 let. b CPC.
Contrairement à ce qu'il soutient, le recourant s'est contenté, dans sa réponse à l'appel, à inviter l'autorité cantonale à examiner si les conditions de l'octroi d'une contribution d'entretien en faveur de sa fille majeure étaient réalisées, sans donner la moindre précision sur la condition qui ferait défaut à cet égard. Le recourant n'a ainsi pas satisfait au devoir de collaboration qui lui incombait dans l'établissement des faits, dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire (art. art. 276 al. 1 2ème phr. et 272 CPC; cf. ATF 128 III 411 consid. 3.2.1). La cour cantonale n'est donc pas tombée dans l'arbitraire en n'instruisant pas ces points.

9.
En conclusion, le recours dirigé contre B._____ est irrecevable, celle-ci n'étant pas partie à la procédure. Le recours dirigé contre dame A._____ est rejeté, dans la mesure où il est recevable. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Celui-ci versera, à titre de dépens, une indemnité de 2'000 fr. à dame A._____ (art. 68 al. 1 LTF), dont la requête d'assistance judiciaire devient en conséquence sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours dirigé contre B._____ est irrecevable.

2.
Le recours dirigé contre dame A._____ est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.
Une indemnité de 2'000 fr., à payer à dame A._____ à titre de dépens, est mise à la charge du recourant.

5.
La requête d'assistance judiciaire de dame A._____ est sans objet.

6.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à B._____, et au Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 22 novembre 2011
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Hohl

La Greffière: Achtari