

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

---

---

Arrêt du 29 novembre 2011

---

Présidence de M. KRIEGER, juge délégué  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

**Art. 137 al. 2, 176 al. 1 ch. 1 CC; 125 CPC-VD; 318 al. 1 let. c ch. 2  
CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.L.**\_\_\_\_\_, à Molondin, défendeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 6 septembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.L.**\_\_\_\_\_, à Yvonand, demanderesse, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles du défendeur A.L. \_\_\_\_\_ (I), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (II), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (IV).

En droit, le premier juge a considéré que la situation du défendeur ne s'était pas modifiée notablement et durablement depuis le moment où il avait signé la convention de mesures provisoires du 25 juin 2010 maintenant la contribution d'entretien à sa charge à 6'000 francs. Il a réservé un éventuel réexamen de la situation au vu des conclusions que rendrait le second expert.

**B.** A.L. \_\_\_\_\_ a interjeté appel le 20 septembre 2011 contre cette ordonnance en concluant principalement à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien mise à sa charge est fixée à 3'500 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et, subsidiairement, à son annulation. Il a produit un bordereau de pièces.

Dans ses déterminations du 27 octobre 2011, l'intimée B.L. \_\_\_\_\_ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel.

Le 18 novembre 2011, l'appelant a produit une pièce.

A l'audience du 29 novembre 2011, l'appelant a produit une pièce.

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

Le défendeur A.L.\_\_\_\_\_, né le [...] 1962, et la demanderesse B.L.\_\_\_\_\_ le [...] 1966, se sont mariés le [...] 1993. Trois enfants sont issus de cette union : C.L.\_\_\_\_\_, née le [...] 1994; D.L.\_\_\_\_\_, née le [...] 1996 et E.L.\_\_\_\_\_, née le [...] 1999.

B.L.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce le 27 mai 2010 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois. Par requête de mesures d'urgence du même jour, elle a notamment conclu à l'allocation d'une contribution d'entretien de 7'000 fr. par mois et, par requête de mesures provisionnelles, à une contribution de 12'000 fr. par mois. Elle a fondé ces conclusions sur les revenus déclarés du couple pour l'année 2008, par 153'000 fr., et allégué qu'avec ceux des sociétés appartenant au défendeur, les revenus de celui-ci n'étaient pas inférieurs à 20'000 fr., ces allégués devant être prouvés par expertise.

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 28 mai 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a confié à la mère la garde sur les enfants (I), fixé le droit de visite du père (II), arrêté à 6'000 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 la contribution due par le demandeur pour l'entretien des siens (III) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, celle-ci demeurant en vigueur jusqu'à droit connu sur la requête de mesures provisionnelles, une audience étant fixée au 25 juin 2010 (IV).

Dans un procédé écrit du 24 juin 2010, le défendeur a notamment conclu à ce que la contribution d'entretien soit fixée à 3'500 fr. par mois.

A l'audience du 25 juin 2010, les parties ont signé une transaction partielle, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles, attribuant au demandeur la jouissance du domicile conjugal, celui-ci en assumant le loyer et les charges (I), confiant à la mère la garde sur les enfants (II), et fixant le droit de visite du père (III). Les chiffres IV et V de cette transaction ont la teneur suivante :

"IV. Parties conviennent de mettre en œuvre une expertise afin de déterminer les revenus de A.L.\_\_\_\_\_, qui tiendront compte de ses participations dans diverses sociétés.

Elles conviennent que M. Bender, de la fiduciaire [...], à Lausanne, soit désigné en qualité d'expert.

L'avance de frais sera effectuée par A.L.\_\_\_\_\_ et sera prise en considération dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial.

V. L'audience de mesures provisionnelles est suspendue dans l'attente du rapport d'expertise.

S'agissant de la contribution d'entretien, le régime préprovisionnel demeure en vigueur."

Dans son rapport du 28 octobre 2010, l'expert Gilles Bender, commis en cours de procédure, indique que le défendeur possède 100 % de la société C.\_\_\_\_\_ SA en propriété directe, 20 % de la société M.\_\_\_\_\_ SA en propriété indirecte à travers la holding, 20 % de la société O.\_\_\_\_\_ SA en propriété indirecte à travers la holding, 45 % de la société T.\_\_\_\_\_ SA en propriété indirecte à travers la holding et 49 % de la société Q.\_\_\_\_\_ en propriété indirecte à travers la holding. L'expert constate qu'en 2007, le défendeur avait touché 24'442 fr. de revenu d'indépendant et 74'000 fr. de salaire, 35'107 fr. de revenu d'indépendant et 102'523 fr. de salaire en 2008 et 94'101 fr. de salaire en 2009. L'expert explique la non-prise en compte de revenus d'indépendant en 2009 par le fait que le bénéfice à disposition des actionnaires des sociétés susmentionnées atteignait 16'305 fr. 75, mais que leur attribution à titre de dividende ne dépendait pas de la seule volonté du défendeur, vu sa participation minoritaire dans certaines de ces sociétés. L'expert a relevé qu'une des sociétés présentait un résultat déficitaire de 250'159 fr. 47. L'expert a ajouté aux revenus 2008 et 2009 à chaque fois 4'800 fr. pour l'utilisation du véhicule de l'entreprise à des fins privées. L'expert relève que le défendeur a en outre prélevé par son compte courant actionnaire

des montants hors rémunérations de 22'185 fr. 55 en 2008 et de 13'707 fr. en 2009, élément indiquant que son train de vie dépassait ses revenus, et que son salaire pour l'année 2010 était de 7'124 fr. net par mois.

Sur requête du 24 janvier 2011, la demanderesse a requis la mise en œuvre d'une seconde expertise qui a été ordonnée le 28 février 2011, nonobstant l'opposition du défendeur du 31 janvier 2011, et mise en œuvre le 24 août 2011, soit postérieurement à l'audience du 14 juillet 2011.

Selon projet de comptes pour l'année 2010, la société C.\_\_\_\_\_ SA a réalisé durant cette année-là une perte avant amortissements de 81'544 fr. 16, et provisionné l'ensemble de l'actif relatif à Q.\_\_\_\_\_, par 1'380'890 fr. 05, ainsi que 344'145 fr. sur un actif de 594'145 fr. de participations. Selon projet de bilan pour l'année 2010, le capital-actions de la société, par 100'000 fr., n'était plus couvert, le poste capital propre présentant un découvert de 1'854'023 fr. 66. Le second expert, Danielle Axelroud Buchmann, commise en cours de procédure, a indiqué, en page 5 de son rapport du 21 octobre 2011, que les informations portées dans l'annexe aux états financiers donnent des indications crédibles quant à la nécessité de provisionner les avances faites à Q.\_\_\_\_\_ et à un fournisseur.

Selon projet de comptes pour l'année 2010, la société M.\_\_\_\_\_ SA a réalisé durant cette période un bénéfice avant amortissement de 503'364 fr. 58, provisionné notamment l'ensemble de l'actif relatif à C.\_\_\_\_\_ SA, par 1'127'392 francs 50 et de celui de Q.\_\_\_\_\_, par 945'923 fr. 15, qui n'avait pas été comptabilisé en 2009. Après déductions des amortissements, par 649'779 fr. 91, des provisions pour pertes sur les sociétés du groupe, ajout des produits extraordinaires et années antérieures et réintégration d'amortissement et leasing, par 2'015'286 fr. 53, le résultat net de l'exercice consistait en une perte de 99'557 fr. 36. Selon projet de bilan 2010, le capital-actions de la société, par 1'000'000 francs, n'était couvert qu'à concurrence de 651'683 fr. 17. Le second expert a indiqué, en page 5 de son rapport, que les

informations portées dans l'annexe aux états financiers donnaient des indications crédibles quant à la nécessité de provisionner les avances faites à C.\_\_\_\_\_ SA et Q.\_\_\_\_\_. Le second expert a en outre expliqué, en page 4 de son rapport, qu'il n'avait pas eu connaissance du détail des amortissements, mais que ceux-ci étaient compensés par les bénéfices comptables résultant du changement de méthode consistant en la comptabilisation comme actifs des biens détenus en leasing et des engagements y relatifs comme passifs, éléments figurant auparavant dans l'annexe aux comptes.

Selon projet de comptes pour l'année 2010, la société O.\_\_\_\_\_ SA a réalisé un bénéfice avant amortissements de 94'375 fr. 61 et provisionné un montant de 90'000 fr. sur l'actif relatif à T.\_\_\_\_\_ SA. Après déduction des amortissements, par 157'527 fr. 60, de la provision et comptabilisation des produits et charges extraordinaires hors exercice, le résultat net de la société consistait en un bénéfice de 8'304 fr. 05. Le second expert a expliqué, en page 4 de son rapport, qu'il n'avait pas eu connaissance du détail des amortissements, mais que ceux-ci étaient compensés par les bénéfices comptables résultant du changement de méthode consistant en la comptabilisation comme actifs des biens détenus en leasing et des engagements y relatifs comme passifs, éléments figurant auparavant dans l'annexe aux comptes. Selon projet de bilan pour l'année 2010, le capital-actions de la société, par 100'000 fr. était couvert à concurrence de 113'593 fr. 46.

Selon projet de comptes pour l'année 2010, la société T.\_\_\_\_\_ SA a réalisé une perte avant amortissements de 176'950 fr. 22 et compte tenu d'amortissements de 20'435 fr., de pertes sur titres, ainsi que de charges et de produits extraordinaires, un résultat net consistant en une perte de 197'754 fr. 82. Selon projet de bilan pour l'année 2010, le capital-actions de la société, par 100'000 francs n'était plus couvert, le poste capital propre présentant un découvert de 86'138 francs 48.

Le second expert a relevé, en page 5 de son rapport, que si les salaires versés par les diverses sociétés avaient augmenté de 24 % par

rapport à l'année 2009, cette augmentation restait largement en deçà de l'augmentation du chiffre d'affaires, qui était de l'ordre de 40 %.

Le second expert a relevé, en page 4 de son rapport, que les sociétés susmentionnées ne seraient pas en mesure de verser des dividendes dans un proche avenir, le groupe rencontrant dans son ensemble de graves difficultés, C.\_\_\_\_\_ SA étant largement surendettée, de même que T.\_\_\_\_\_ SA, et M.\_\_\_\_\_ SA sous-capitalisée, seule O.\_\_\_\_\_ SA ayant une petite réserve. L'expert a en outre relevé que les liquidités étaient quasi inexistantes.

Le second expert a indiqué que le défendeur réalisait en 2011 un salaire de 7'722 fr., versé douze fois l'an et précisé que la rémunération annuelle demeurait depuis le 1<sup>er</sup> août 2009 de 105'300 fr., le treizième salaire versé avant 2011 étant désormais inclus dans les salaires mensuels. Il est arrivé à la conclusion que le défendeur ne recevait aucun autre salaire ou indemnité, ni de revenu de ses participations ou d'autres sources de revenus.

La demanderesse travaille à 60 % en qualité de représentante, pour un salaire brut de 3'500 francs.

Par requête de mesures provisionnelles du 26 mai 2011, A.L.\_\_\_\_\_ a conclu, avec dépens à ce que le chiffre V de la convention du 25 juin 2010 est modifié en ce sens que la contribution d'entretien mise à sa charge est fixée à 3'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la convention étant maintenue pour le surplus.

A l'audience de mesures provisionnelles du 14 juillet 2011, la demanderesse a conclu au rejet de ces conclusions.

Par courrier du 18 juillet 2011, la Banque H.\_\_\_\_\_ a réclamé le remboursement au 10 août 2011 des soldes des comptes courants des sociétés O.\_\_\_\_\_ SA et M.\_\_\_\_\_ SA, par respectivement 101'938 fr. 55

et 1'189'955 fr. 40 et dénoncé au remboursement diverses cédules hypothécaires.

### **En droit :**

**1.** La voie de l'appel est ouverte contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les mesures provisionnelles étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Interjeté en temps utile par une personne qui y a intérêt dans un litige dont la valeur capitalisée selon l'art. 92 al. 2 CPC dépasse 10'000 francs, l'appel est recevable.

**2.** L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelles (JT 2011 III 43)

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). 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. Selon la jurisprudence de la cour de céans, ces conditions ne s'appliquent pas aux litiges régis par la maxime d'office, tels les litiges matrimoniaux touchant à la situation d'enfants mineurs, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43 et références).

En l'espèce, la contribution en cause visant en partie l'entretien d'enfants mineurs, régi par la maxime d'office, les pièces produites en deuxième instance par l'appelant sont recevables.

**3.** L'appelant fait grief au premier juge d'avoir examiné sa requête au regard des conditions de l'art. 179 al. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), alors que les parties étaient convenues, par la convention du 25 juin 2011, de suspendre l'audience de mesures provisionnelles et de maintenir le régime préprovisionnel dans l'attente du rapport d'expertise. Il soutient qu'il n'a pas à démontrer un changement notable et durable de sa situation, la contribution n'ayant antérieurement été fixée ni judiciairement ni par convention.

Selon l'art. 125 al. 1 CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966), applicable au moment de la signature de la convention du 25 juin 2010, la cause peut être suspendue pour une durée déterminée de trois mois au moins et d'un an au plus par une convention des parties, non soumise à la ratification du juge. Cette convention peut être renouvelée et répétée.

Selon l'art. 125 al. 3 CPC-VD, à l'expiration du délai de suspension, la cause est reprise sur réquisition.

En l'espèce, les parties ont passé le 25 juin 2010 une transaction partielle contenant une convention de suspension de la procédure provisionnelle au sens de l'art. 125 al. 1 CPC-VD. Cette suspension impliquait nécessairement, vu la règle de l'art. 125 al. 3 CPC-VD, une reprise de la procédure provisionnelle sur réquisition de l'une des parties. On ne saurait considérer que les parties ont passé par cette convention un accord fixant à titre provisionnel la contribution d'entretien à 6'000 fr. par mois. Cette interprétation rendrait en effet sans objet la suspension de la procédure provisionnelle et se heurte au texte de la convention qui prévoit d'une part que "le régime préprovisionnel demeure en vigueur" et d'autre part, sous le même chiffre, la suspension de l'audience "dans l'attente du rapport d'expertise".

On doit admettre qu'à tout le moins dès le dépôt des déterminations de l'intimée, le 24 janvier 2011, l'appelant était en droit de requérir la fixation à titre provisionnel de la contribution en cause sans avoir à démontrer une modification notable et durable de la situation depuis la convention du 25 juin 2010.

Le point de savoir si le rapport du premier expert était suffisant pour statuer sur la contribution en cause peut demeurer indécis, dès lors que le second expert a déposé son rapport le 21 octobre 2011 et que le juge de céans en a eu connaissance.

L'appel doit être admis sur ce point.

**4.** Conformément à l'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

ordonne, sur requête, les mesures provisoires nécessaires pour la durée de la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie. Cette règle a été reprise à l'art. 276 al. 1 CPC (Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 2 et 3 ad art. 276 CPC, p. 1605).

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe conformément à l'art. 163 al. 1 CC, 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. Dans la mesure où des enfants mineurs sont concernés, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC), notamment au regard des art. 276 al. 1 et 2 et 285 al. 1 CC (TF 5A\_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.1 et réf. citées).

Pour déterminer le montant de la contribution à partir des revenus et charges du débiteur d'entretien, le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour ce faire. L'une des méthodes que préconise la doctrine et qui est considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières moyennes, tant que dure le mariage, est celle dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]), auquel les dépenses non strictement nécessaires sont ajoutées, l'excédent est en général réparti par moitié entre les époux (TF 5A\_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4; TF 5A\_515/2008 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 c. 2.1), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b).

En l'espèce, si l'on est en possession des deux expertises relatives aux revenus de l'appelant et que l'on connaît le revenu de l'intimée, l'ordonnance et le dossier sont muets sur la question des charges respectives des parties, éléments essentiels pour statuer sur la contribution litigieuse. A l'audience d'appel du 29 novembre 2011, les

parties ont toutes deux indiqué ne pas être en mesure de documenter leurs charges respectives, ni même de les chiffrer. Afin de garantir aux parties la possibilité de contester l'appréciation en fait de leurs charges, il convient d'annuler l'ordonnance en application de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC et renvoyer la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

**5.** En conclusion, l'appel doit être admis, l'ordonnance annulée et la cause renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5), doivent être mis, vu l'issue de l'appel, à la charge de l'intimée (art. 106 al. 1 CPC), celle-ci devant rembourser à l'appelant son avance de frais (art. 111 al. 2 CPC) et lui verser des dépens de deuxième instance, fixés à 2'000 fr. (art. 106 al. 1 CPC; 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile; 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.** L'ordonnance est annulée et la cause renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimée.

**IV.** L'intimée B.L.\_\_\_\_\_, versera à l'appelant A.L.\_\_\_\_\_ la somme de 2'600 fr. (deux mille six cents francs) à titre de dépens et de restitution de l'avance de frais de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 1<sup>er</sup> décembre 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 Yves Nicole (pour A.L.\_\_\_\_\_),
- Me Franck Ammann (pour B.L.\_\_\_\_\_).

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 :