

JUGE DELEGUÉE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 novembre 2013

Présidence de Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffier : M. Elsig

* * * * *

Art. 85a al. 2 LP

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.X.**_____, au [...], contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 12 août 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.X.**_____, à [...] (France), la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 août 2013, dont la motivation a été envoyée le 3 septembre 2013 pour notification, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions de A.X. _____ (I), fixé les frais judiciaires de première instance à 1'732 fr. 40, les a mis à la charge du requérant (II) et alloué à B.X. _____ des dépens de première instance, par 800 fr. (III).

En droit, le premier juge a considéré qu'il n'était pas d'emblée vraisemblable au regard de l'instruction que B.X. _____ avait réalisé un revenu ni qu'elle ait vécu dans une situation de concubinage qualifié durant la période couverte par la poursuite pour laquelle A.X. _____ demandait la suspension.

B. A.X. _____ a déposé le 21 août 2013 une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à l'octroi de l'effet suspensif à l'appel qui serait interjeté dès la motivation de l'ordonnance attaquée rendue.

Le 22 août 2013, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a informé A.X. _____ qu'il ne statuerait pas en l'état sur ces requêtes, le prononcé n'étant pas encore motivé.

Par courrier du 6 septembre 2013, la juge de céans a informé les parties qu'elle considérait les requêtes du 21 août 2013 comme sans objet, la date de l'exécution de la saisie étant passée, et, au surplus, infondées, l'ordonnance attaquée étant une décision négative.

A.X. _____ a interjeté appel le 17 septembre 2013 contre l'ordonnance du 12 août 2013 en concluant, avec dépens, à sa modification en ce sens que la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites

du district de Lausanne est suspendue jusqu'à droit connu sur le fond. Il a requis que l'effet suspensif soit accordé à l'appel.

Dans le délai imparti, l'intimée B.X._____ a conclu, avec dépens, au rejet de la requête d'effet suspensif.

Par décision du 26 septembre 2013, la juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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

Par jugement du 12 novembre 1999, le Président du Tribunal civil du district de Lausanne a prononcé le divorce de l'appelant A.X._____, né le [...] 1960, et de l'intimée B.X._____, née le [...] 1960, et ratifié une convention sur les effets du divorce signée par les parties le 26 août 1999 prévoyant notamment le versement par l'appelant à l'intimée d'une pension mensuelle indexée de 2'500 fr. pendant une période de treize ans dès jugement définitif et exécutoire, dite contribution étant réduite de 40 % des revenus de l'intimée, si celle-ci en réalisait, l'intimée étant tenu d'informer l'appelant de ces revenus. Le salaire de l'appelant pris en compte par la convention s'élevait à 10'900 francs par mois.

Par action en modification de jugement de divorce ouverte le 25 juin 2001, l'appelant a requis du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, la suppression de la pension en cause avec effet au 1^{er} juillet 2001, invoquant le concubinage qualifié de l'intimée.

L'intimée a pour sa part conclu le 28 novembre 2006 au paiement de la somme de 11'394 fr. 45 au titre de rattrapage de l'indexation de la contribution.

Par jugement du 4 juillet 2007, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la conclusion de l'appelant en suppression de la contribution et a admis celle de l'intimée en paiement de l'arriéré d'indexation, sous déduction de 40 % des revenus réalisés par l'intimée, savoir 9'532 fr. 30 en 2000, 1'941 fr. 05 en 2001 et 282 fr. 20 en 2005, ce qui laissait un solde de 5'072 fr. 95 en faveur de l'intimée. Le jugement retient que l'appelant réalisait un salaire de 14'115 fr. par mois en 2006 et qu'il s'était remarié. Il constate en outre que l'appelant n'avait pas établi que l'intimée bénéficiait, dans le cadre de sa nouvelle communauté de vie, d'avantages comparables à ceux d'un mariage, en particulier du point de vue de l'assistance et de l'entretien qu'elle pouvait en attendre.

Il ressort des témoignages que l'intimée a quitté la Suisse le 30 juin 2001 pour son domicile actuel en France, où elle a rencontré son nouveau compagnon F._____. En 2007, ils formaient déjà un couple, même s'ils ne vivaient pas officiellement sous le même toit. Ils se sont mariés en juin 2013.

Jusqu'en 2013, date à laquelle il a repris l'exploitation dans laquelle il travaillait, F._____ touchait un salaire de 1'200 € par mois. En 2008 et de 2010 à 2012, l'autorité fiscale française a constaté qu'il n'était pas imposable à l'impôt sur le revenu.

L'intimée exploite une rôtisserie, savoir qu'elle vend des poulets rôtis sur les marchés au moyen d'un camion. Elle dispose en outre chez elle d'une chambre froide. Même si F._____ apparaît comme cogérant sur les registres concernant la société, l'instruction a établi que l'intimée exploitait seule cette entreprise. La décision fiscale pour l'année 2009 ne fait apparaître comme revenu que la contribution en cause et jusqu'en 2011 à tout le moins, l'intimée n'a déclaré aucun revenu imposable pour son activité. Le 25 juillet 2013, un expert-comptable a attesté, comptabilité à l'appui, de l'absence de revenus imposable pour la période du 6 avril 2007 au 31 décembre 2011 et les relevés bancaires de

l'intimée ne fournissent aucun indice de mouvements d'argent révélateurs d'un revenu autre que la contribution en cause.

Le 3 juillet 2012, l'intimée a fait notifier à l'appelant le commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du district de Lausanne portant sur les montants de 855 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2007, de 2'628 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2008, de 3'108 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2009, de 3'108 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2010, de 3'204 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2011, de 1'512 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2012 et de 2'500 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 janvier 2012. Comme titre de la créance, l'intimée a indiqué les jugements des 12 novembre 1999 et 4 juillet 2007 susmentionnés. L'appelant a formé opposition totale.

Par prononcé du 15 janvier 2013, dont la motivation a été envoyée le 26 février 2013 pour notification, le Juge de paix du district de Lausanne a prononcé la mainlevée de l'opposition en indiquant que l'appelant n'avait pas prouvé par pièces que l'intimée réalisait des revenus justifiant sa libération du paiement des montants objets de la poursuite.

Par arrêt du 7 juin 2013, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a confirmé le prononcé susmentionné en précisant que le montant de 855 francs correspondait à l'indexation de la contribution pour la période d'août à décembre 2007, celui de 2'628 fr. à l'indexation pour l'année 2008, ceux de 3'108 fr. à l'indexation des années 2009 et 2010, celui de 3'192 fr. à l'indexation pour l'année 2011, celui de 1'512 fr. à l'indexation pour la période de janvier à juin 2012 et que le montant de 2'500 fr. correspondait à la contribution pour le mois de janvier 2012.

Le 10 juin 2013, l'intimée a déposé une réquisition de continuation de la poursuite en cause.

Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 2 juillet 2013, A.X. _____ a requis du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne la suspension provisoire de cette poursuite.

Le même jour, l'appelant a ouvert une action selon l'art. 85a LP (loi fédérale de 11 avril 1889 sur la poursuite pour dette et la faillite ; RS. 281.1) devant le même magistrat, tendant à ce qu'il soit libéré des montants réclamés dans la poursuite susmentionnée, celle-ci étant annulée et radiée.

Par décision du 3 juillet 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures d'extrême urgence.

Dans ses déterminations du 23 juillet 2013, l'intimée a conclu, avec dépens, à l'irrecevabilité de la requête de mesures provisionnelles.

A l'audience du 29 juillet 2013, à laquelle l'intimée avait été dispensée de comparaître, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a entendu trois témoins.

En droit :

1. L'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) ouvre la voie de l'appel contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, dans la mesure où, pour les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse de première instance est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Les mesures provisionnelles étant soumises 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 un intérêt dans un litige dont la valeur litigieuse de première instance dépassait 10'000 fr, l'appel est recevable.

2. a) L'appel portant sur des mesures provisionnelles, il relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire]; RSV 173.01).

b) 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, 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).

3. L'appelant relève que la présente procédure couvre une période postérieure au jugement du 4 juillet 2007. Il soutient que les revenus de l'intimée ressortent du fait que celle-ci n'a dû contracter aucun emprunt pour financer le début d'activité de sa pâtisserie et qu'il ressort des témoignages que cette activité est productrice de revenus. Il fait valoir que la relation de l'intimée avec F._____ était un concubinage stable depuis 2007.

Selon l'art. 85a al. 2 LP, dans la mesure où, après avoir d'entrée de cause entendu les parties et examiné les pièces produites, le juge de l'action selon l'art. 85a al. 1 LP estime que la demande est très vraisemblablement fondée, il ordonne la suspension provisoire de la poursuite avant la réalisation, ou, si celle-ci a eu lieu, avant la distribution des deniers s'il s'agit d'une poursuite par voie de saisie.

L'exigence d'une demande très vraisemblablement fondée vise à éviter que le débiteur puisse, sur la base d'une action manifestement mal fondée ou dilatoire, interrompre la procédure de poursuite (TF 5A_712/2008 du 2 décembre 2008 c. 2.2 ; TF 5P.69/2003 du 4 avril 2003 c. 5.3.1), tout en lui donnant la possibilité de le faire si sa demande au fond a des chances importantes (« begründete Aussicht ») de succès, ceci afin de lui éviter la voie de l'action en répétition de l'indu (Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, thèse Zurich 1999, p. 168 et référence).

Une définition plus précise du caractère très vraisemblablement fondé d'une demande ne ressort pas de la loi ni du Message du Conseil fédéral, les Chambres fédérales ayant renforcé l'exigence légale par rapport au projet du Conseil fédéral qui prévoyait la suspension si la demande n'était pas « dénuée de chances de succès » (Tenchio, op. cit., pp. 168-169 et références).

La doctrine et la jurisprudence concrétisent ce critère renforcé par rapport à la vraisemblance en ce sens que le juge doit évaluer, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation fondé sur l'examen de l'ensemble des circonstances, les chances de succès de la demande au fond du débiteur. S'il apparaît que ces chances de succès sont clairement meilleures que celle du créancier, sans qu'une preuve stricte ne soit nécessaire, la suspension doit être prononcée (TF 4D_68/2008 du 28 juillet 2008 c. 2 ; Schmidt, Commentaire romand, 2005, n. 9 ad art. 85a LP, p. 356 ; Tenchio, op. cit., p. 169 ; Bodmer/Bangert, Basler Kommentar, 2^e éd, 2010, n. 21 ad art. 85a LP, pp. 813-814).

En l'espèce, la poursuite en cause couvre une période pour laquelle aucun jugement au fond n'a statué sur les prétentions de l'appelant. Il ressort du dossier de première instance que l'intimée et F._____, qui réalisait un revenu mensuel de 1'200 €, ont formé un couple dès 2007, sans toutefois vivre officiellement sous le même toit. Cet élément n'est toutefois pas nouveau car le jugement du 4 juillet 2007

constate que le couple vivait ensemble depuis des années et pouvait avoir été intime dès le départ de l'intimée en France. On ne saurait dès lors considérer, sur la base de ces éléments, que les chances de l'appelant d'obtenir la constatation que l'intimée a bénéficié dès 2007 d'avantages comparables au mariage, en particulier du point de vue de l'assistance et de l'entretien, sont clairement meilleures que celles de voir les considérations du jugement du 4 juillet 2007 confirmées pour la période courant dès 2007.

De même, le fait que l'intimée exploite une pâtisserie mobile, qu'elle ne déclare aucun revenu pour cette activité et que la comptabilité de l'entreprise et les relevés de comptes bancaires n'en révèlent aucun ne permettent pas également de considérer que les chances de voir la prétention de l'appelant en compensation de la contribution en cause avec des revenus de l'intimée sont clairement meilleures que celle de l'intimée en paiement complet de l'indexation de la contribution.

Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le premier juge a rejeté les conclusions de l'appelant.

4. En conclusion, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

Vu le rejet de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils]; RSV 270.11.5), sont mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée s'étant déterminée sur la question de l'effet suspensif elle a droit, vu le rejet de l'appel, à des dépens de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 106 al. 1 CPC ; art. 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile]; RSV 270.11.6).

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge de l'appelant.
- IV.** L'appelant A.X. _____ doit verser à l'intimée B.X. _____ la somme de 600 fr. (six cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du 15 novembre 2013

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 Olivier Constantin (pour A.X. _____),
- Me Bertrand Gygax (pour B.X. _____).

La juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure 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 Lausanne.

Le greffier :