

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 janvier 2014

Présidence de Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée

Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 176 al. 1 ch. 1 et 179 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.F.**_____, à La Tour-de-Peilz, intimée, contre l'ordonnance rendue le 2 septembre 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.F.**_____, à X._____, requérant, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 2 septembre 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président du Tribunal d'arrondissement) a admis la requête de mesures provisionnelles déposée le 8 novembre 2012 par B.F. _____ à l'encontre de A.F. _____ (I), dit que B.F. _____ est dispensé de toute contribution d'entretien en faveur de A.F. _____ dès et y compris le 1^{er} novembre 2012, cette dernière étant tenue seule aux paiements des charges hypothécaires de ses propres immeubles (II), et dit que les frais et dépens de la décision suivront le sort de la cause au fond (III).

En droit, le premier juge a retenu que le principe du « clean break » ne s'appliquait pas et que la contribution d'entretien, au stade des mesures provisionnelles, devait être calculée selon la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent. Il a exposé qu'en cumulant l'activité de son nouveau cabinet dentaire à X. _____ avec celle exercée à Winterthour, B.F. _____ avait tout tenté afin de faire face à ses charges et que cela n'avait pas suffi pour que sa situation financière ne se dégrade pas depuis l'arrêt sur appel du 28 avril 2009. Il s'ensuivait qu'il ne pouvait raisonnablement être exigé de lui qu'il augmente son activité lucrative ou qu'il en change et cela même s'il savait que la cessation de son activité à [...] pouvait porter atteinte à sa capacité contributive. Le premier juge a considéré qu'il fallait se baser sur les gains réalisés à partir de mai 2011 lorsque l'intéressé avait ouvert son nouveau cabinet dentaire à X. _____. Pour l'année 2011, au bénéfice net (ou revenu net) de 12'304 fr. 20, il convenait d'ajouter la somme de 15'000 fr. que B.F. _____ avait versé à sa concubine sous la forme d'un véhicule dans le cadre d'une action promotionnelle à son cabinet, de sorte que son revenu annuel net était de 27'304 fr. 20. Pour l'année 2012, au bénéfice net annoncé de 55'701 fr. 27, il convenait d'ajouter la somme de 10'000 fr. que l'intéressé avait utilisée pour l'amortissement de sa dette auprès de la banque Raiffeisen, de sorte que son revenu annuel net était de 65'701 fr. 27. Le revenu mensuel net depuis mai 2011 s'élevait donc à 4'700 fr. arrondis ([27'304 fr. 20 + 65'701 fr. 27] : 20 mois). Ses charges s'élevant à 3'218 fr. 75, son

solde disponible était de 1'481 fr. 25. Quant à A.F._____, dès lors que ses revenus s'élevaient à 6'322 fr. 65 et ses charges à 4'948 fr. 40 – étant précisé que la charge fiscale pouvait être estimée à 500 fr. pour le cas où elle ne percevrait plus de contribution d'entretien de la part de son époux –, son solde disponible était de 1'374 fr. 25.

B. Par acte du 13 septembre 2013, A.F._____ a fait appel de cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles déposée le 8 novembre 2012 par B.F._____ à son encontre est rejetée et à ce que celui-ci contribue à son entretien, dès et y compris le 1^{er} novembre 2012, par le versement d'une pension mensuelle de 2'250 fr., intérêts hypothécaires de ses immeubles compris, payable d'avance le premier de chaque mois. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de l'ordonnance litigieuse, la cause étant renvoyée en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

1. B.F._____, né le [...] 1955, et A.F._____, née [...] le [...] 1954, se sont mariés le [...] 1977. Un enfant est issu de cette union : C.F._____, né le [...] 1985.

Les époux sont séparés depuis mi-janvier 2004.

2. B.F._____ est médecin-dentiste. A.F._____ est architecte de formation. Depuis le 7 mars 2007, elle travaille en qualité de vendeuse chez [...], à Lausanne.

3. Le 18 décembre 2007, B.F._____ a déposé une demande en divorce.

4. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008, le Président du Tribunal d'arrondissement a dit que, dès le

1^{er} octobre 2008, B.F._____ doit contribuer à l'entretien de A.F._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 3'550 fr., payable d'avance le premier de chaque mois, et doit assumer en outre les charges hypothécaires pour l'appartement et le studio de son épouse (I), et dit que les frais et dépens suivront le sort de la cause au fond (II).

Par arrêt sur appel du 28 avril 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis l'appel interjeté par B.F._____ (I), modifié le chiffre I du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008 en ce sens que B.F._____ est astreint à contribuer à l'entretien de A.F._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'250 fr., intérêts hypothécaires des immeubles de celle-ci compris, payable d'avance le premier de chaque mois, éventuelles allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} octobre 2008 (II), fixé les frais et dépens (III et IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'arrêt sur appel immédiatement exécutoire (VI).

Par arrêt du 20 juillet 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a rejeté le recours de A.F._____, dans la mesure de sa recevabilité (I), maintenu l'arrêt sur appel du 28 avril 2009 (II), dit que les frais d'arrêt de la recourante sont arrêtés à 1'200 fr. (III) et déclaré l'arrêt motivé exécutoire (IV). Dès lors que B.F._____ n'avait travaillé que quatre jours par semaine en 2008 en raison de problèmes de santé et qu'il avait rencontré des difficultés face à la concurrence d'autres cabinets dentaires, la Chambre des recours a calculé exceptionnellement le revenu de l'intéressé sur la base de la seule année 2008, de sorte que son revenu mensuel moyen net était de 11'906 francs. Ses charges s'élevaient à 7'825 francs. Quant à A.F._____, son revenu mensuel net était de 4'356 fr. (soit son salaire de 3'536 fr. et le revenu locatif de son studio de 820 fr.) et ses charges totalisaient 4'787 fr. 20.

5. B.F._____ a remis son cabinet dentaire de [...] [...] en avril 2009 afin de rejoindre sa concubine en Suisse allemande, à [...]. En 2010, il a travaillé en tant que médecin-dentiste remplaçant auprès de plusieurs

cabinets dentaires. Il a ouvert son nouveau cabinet dentaire à X._____ le 3 mai 2011, puis a déménagé à X._____ - où il habite avec sa concubine et deux des trois enfants de celle-ci -, afin d'avoir son cabinet dentaire et son logement au même endroit.

Depuis le 29 août 2011, B.F._____ travaille également en tant que médecin-dentiste à Winterthour, pour le compte du cabinet T._____. Selon le contrat de mandat établi par sa consœur [...], il travaille les mardis, mercredis et jeudis et perçoit 50 % de commission sur son travail.

6. Le 8 novembre 2012, B.F._____ a déposé une requête de mesures provisionnelles en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit dispensé de toute contribution d'entretien en faveur de son épouse dès et y compris le 1^{er} novembre 2012, cette dernière étant tenue seule aux paiements des charges hypothécaires de ses propres immeubles.

Sa pension mensuelle n'étant plus versée depuis novembre 2012 et les intérêts hypothécaires n'étant plus acquittés, A.F._____ a informé son époux, par courrier du 15 février 2013, qu'un commandement de payer lui serait notifié si la situation n'était pas régularisée dans un délai de cinq jours.

Le 19 février 2013, B.F._____ a déposé une requête de mesures superprovisionnelles tendant à la suspension de la contribution d'entretien due à son épouse. Celle-ci s'y est opposée par courrier du 20 février 2013.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 25 février 2013, le Président du Tribunal d'arrondissement a notamment suspendu avec effet immédiat la contribution d'entretien en faveur de A.F._____ (I), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle restera en vigueur jusqu'à décision sur la requête de mesures provisionnelles (III).

Le 3 juillet 2013, A.F._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles du 8 novembre 2012.

7. Le 11 avril 2013, le Dr [...], psychiatre et psychothérapeute FMH, a attesté que B.F._____ était en traitement depuis le 15 mars 2013 et en incapacité de travail à 50 pour-cent.

8. Les époux ont été interrogés en qualité de parties lors de l'audience de conciliation et de jugement du 9 juillet 2013.

B.F._____ a déclaré ce qui suit :

« J'ai déménagé à X._____, pour avoir le cabinet et le logement au même endroit, le but étant d'avoir des urgences, ce qui procure en principe de nouveaux clients. Cela ne s'est pas aussi bien passé que prévu. C'est la raison pour laquelle je travaille la moitié de la semaine à Winterthour. J'encaisse la moitié des honoraires et ma consoeur l'autre moitié. Le fait de loger à Winterthour implique des frais annexes supplémentaires. L'activité à Winterthour va cesser à la fin de l'année. C'est ma consoeur qui a voulu cesser et pas moi.

Les comptes 2011 et 2012 ont été établis par moi-même. Seuls les comptes 2011 ont été révisés par une fiduciaire. La révision des comptes 2012 se fera prochainement.

La somme de 1'500 fr. versée à [...] évoquée dans la lettre du Me Heider du 2 juillet 2013 n'est pas portée dans ma comptabilité. La pièce où est inscrite ce montant est un carnet du lait privé. En réalité, il s'agit d'une somme versée par [...] en remboursement de sa part du loyer et des frais de téléphone.

Je passe deux nuits par semaine à Winterthour à l'hôtel, ce qui explique le montant de 13'000 fr. de frais d'hôtel.

Je confirme que les comptes 2012 ont été établis par mes soins sur la base des pièces qui se trouvent dans le carton versé au dossier. Ils seront révisés sur la base des mêmes pièces.

Si les premières pages du livre bleu ont été arrachées, c'est parce que je l'ai utilisé précédemment à d'autres fins que la tenue de mes

comptes. Vous me demandez pourquoi j'ai passé les écritures au crayon. Je vous réponds que c'est dans l'attente de la révision. J'ai tenu ces comptes sincèrement. Il est possible que j'aie perdu certaines quittances que je n'ai donc pas portées en compte. Il s'agit de quittances de frais, de restaurant notamment.

A Winterthour, je suis rémunéré de la manière suivante : j'ai droit à la moitié de la recette brute, après déduction des frais du laboratoire médical. Pour le surplus, je tire mes revenus du cabinet d'X._____.

Les dettes du cabinet ne sont pas encore totalement amorties. Il reste une dette de 25'000 fr. envers la banque Raiffeisen et de 60'000 fr. sur le leasing de l'installation. J'amortis 12'500 fr. par année auprès de la Raiffeisen et 38'750 fr. 40 sur le leasing par année.

Mon fils C.F._____ a payé une facture de 22'000 fr. pour l'acquisition d'un appareil de radiographie. Je ne lui ai pas encore remboursé cette somme. Cette dette figure dans la déclaration d'impôt 2012.

Vous vous référez à la pièce 6 du bordereau du 11 février 2013. [...], mon amie, est naturopathe. La première année de mon exploitation de mon cabinet, j'ai offert à ma clientèle des séances de diagnostic de naturopathie gratuites, d'une demi-heure chacune. Ces séances ont été accomplies par [...]. Les 15'000 fr. qui lui ont été versés rémunèrent ses prestations. Cette somme a été payée sous la forme de la voiture [...]. J'ai ouvert le cabinet le 3 mai 2011. Cette action a duré du 3 mai 2011 à fin décembre 2011.

En 2010, j'ai exercé mon activité de dentiste comme remplaçant dans un cabinet de Broc (Dr [...]), comme assistant pendant deux ou trois mois dans un cabinet de Bulle (Dr [...]) et en parallèle chez le Dr [...], je ne sais plus où. Je n'étais pas salarié. J'étais rémunéré par des honoraires.

Je suis toujours suivi par le Dr [...]. Je n'ai pas réduit mon activité à 50 % dès le 15 mars 2013, comme il me l'avait conseillé. J'essaye de réduire mon rythme de travail, surtout à Winterthour. Par ailleurs, je dois me faire opérer du tunnel carpien aux deux mains. Il s'en suivra un arrêt de travail d'un mois soit le délai de carence de mon assurance perte de gain.

Le loyer du logement que j'occupe avec mon amie est de 1'650 fr. par mois. J'en paie la moitié.

Mon amie a trois enfants, dont deux habitent avec nous. Mon amie perçoit des pensions alimentaires. Elle a des revenus de son travail. Elle contribue aux frais du ménage.

Pour diminuer mes frais, j'ai pris une assurance de base avec une franchise à 2'500 fr. pour laquelle je paie des primes mensuelles de 247 fr. 80. Cette année, j'ai été hospitalisé une fois en urgence à Winterthour. J'ai donc des frais médicaux, mais je n'ai pas entièrement utilisé la franchise cette année.

Le canton de Fribourg a renoncé à m'adresser des bordereaux en paiement d'acomptes d'impôts aussi longtemps que mon litige avec le canton de Vaud concernant 2009 n'aura pas été réglé. Je ne peux donc pas vous renseigner sur ma charge fiscale courante. Je vous renvoie à la pièce 3 de mon bordereau du 8 novembre 2012 pour une évaluation.

S'agissant des assurances-vie, j'ai suspendu toutes mes assurances, sauf une auprès de la Vaudoise pour laquelle je paie une prime trimestrielle de 1'712.90.

Je précise que mon fils C.F._____ m'a prêté 15'000 fr. supplémentaires en payant pour moi la provision de 15'000 fr. qui m'ont été demandés pour tous les frais liés au recours que j'ai interjeté auprès de la CDAP contre la taxation comme un revenu du produit de la vente de mon cabinet à [...]. Lorsque j'aurai fini de rembourser le leasing, je commencerai à rembourser mon fils C.F._____.

Mon fils a renoncé à élaborer un programme informatique. Je ne le rémunère pas. A ma connaissance, il est sans emploi depuis le début du mois de mars 2013.

Vous me demandez ce que je paie pour mon amie et ses enfants. Je ne peux pas répondre exactement à cette question. Nous formons une famille et partageons les frais. Je renonce personnellement à pas mal de choses pour que ça joue. Par exemple, j'ai renoncé à une couverture maladie en privé pour une couverture de base.

En moyenne, à ma connaissance, mon amie retire de son activité indépendante à mi-temps un revenu annuel de l'ordre de 30'000

francs. Elle contribue aux frais du ménage par un versement en espèce de 1'500 fr. chaque mois. Elle tient le ménage. Elle assume les frais pour ses enfants.

Je suis d'accord que mon épouse ne demande que 1'000 fr. par mois pour mon fils C.F. _____, pour le loger, nourrir, blanchir. »

A.F. _____ a déclaré ce qui suit :

« Chez [...], je réalise un salaire mensuel net de 3'944 fr., treize fois l'an. Je perçois en outre 1'050 fr. de loyer brut. Je précise que le studio est loué meublé. J'ai souvent des frais de remplacement de meubles. Cette année, j'ai eu des frais pour la remise en l'état de la baignoire et des fenêtres. Je reçois toujours 1'000 fr. par mois de mon fils C.F. _____. Pour ce prix, il est logé, nourri, blanchi. J'estime que le coût mensuel de la nourriture et du blanchissage est de 400 fr. par mois. Je travaille à 90 %. Je vais probablement réduire mon taux à 80 % à la fin de l'été ou à la fin de l'année, pour des raisons médicales.

Il m'arrive de devoir faire des horaires assez irréguliers au travail. Par exemple, il m'arrive de terminer à 22 h 00. Parfois mes horaires m'obligent à prendre la voiture ».

9. La situation financière des parties est la suivante :

a) Selon le bilan révisé de l'année 2011, B.F. _____ a réalisé un chiffre d'affaires (ou revenu brut) de 151'476 fr. 75 pour son activité à X. _____ et de 70'552 fr. 85 pour son activité à Winterthour, soit au total 222'029 fr. 60. Les fonds étrangers à long terme montrent un prêt de la Raiffeisen de 43'750 fr., des prêts de particuliers de 102'829 fr. 80 et un leasing de 132'397 fr. 20. Les frais indiquent notamment des achats de matériel de 66'571 fr. 50, des frais de publicité de 14'935 fr. 45 et des amortissements de 16'840 fr. 05. Le bénéfice annuel net est de 12'304 fr. 20, auquel il convient d'ajouter la somme de 15'000 fr. que B.F. _____ a versée à sa concubine sous forme d'un véhicule dans le cadre d'une action promotionnelle à son cabinet.

Selon le résultat de l'exercice 2011 qu'il a établi, B.F. _____ a mentionné qu'il avait encaissé des recettes sur ses comptes professionnels à la Raiffeisen (compte n° [...]) et à Postfinance (compte CCP n° [...]), ainsi que des « recettes comptant cabinet X. _____ ».

Pour l'année 2012, les feuilles journalières du cabinet de Winterthour indiquent des encaisses de 274'390 fr. (après déduction de plusieurs frais), ce qui correspond à un revenu de 137'195 fr., dès lors que l'intéressé perçoit une commission 50 % selon le contrat de mandat.

Selon l'agenda 2012 du cabinet d'X. _____, B.F. _____ a travaillé les lundis, vendredis et samedis. Selon les extraits des comptes professionnels produits, il a encaissé 350'061 fr. 25 sur son compte à la Raiffeisen (dont 304'442 fr. 40 de versements comptant de sa part et 45'618 fr. 85 de la part de particuliers) et 19'650 fr. sur son compte Postfinance, ce qui fait un total de 369'711 fr. 25.

Selon le résultat de l'exercice 2012 qu'il a établi, B.F. _____ a indiqué des charges de 307'175 fr., auxquelles s'ajoutent un remboursement partiel du prêt de la Raiffeisen par 4'000 fr., un remboursement partiel des prêts privés par 10'000 fr., ainsi que les amortissements (machines, leasing, voiture) par 16'840 fr., ce qui fait un total de 338'015 francs.

Le revenu brut 2012 s'élève ainsi à 506'906 fr. 25 (137'195 fr. + 369'711 fr. 25), le revenu net à 168'891 fr. 25 (506'906 fr. 25 - 338'015 fr.) et le gain mensuel moyen net arrondi de mai 2011 à décembre 2012 de 9'810 fr. ([27'304 fr. 20 + 168'891 fr. 25] : 20 mois).

Ses charges mensuelles incompressibles sont les suivantes :

| | |
|--------------------------|--------|
| Minimum vital | 850.00 |
| Loyer, charges comprises | 550.00 |
| Assurance-maladie | 247.80 |
| Assurance-vie | 570.95 |

| | |
|--------|-----------------|
| Impôts | <u>1'540.00</u> |
| | 3'758.75 |

Son solde disponible est ainsi de 6'051 fr. 25 (9'810 fr. - 3'758 fr. 75).

b) En raison de problème de santé, A.F._____ a réduit son taux d'activité à 90 % à partir de juin 2012. Son salaire mensuel net est de 4'272 fr. 65 (3'944 fr. x 13 : 12). Elle est propriétaire de l'appartement, avec garage, dans lequel elle vit avec son fils C.F._____, ainsi que d'un studio meublé dont le revenu locatif lui rapporte 1'050 fr. par mois. Son fils lui verse la somme de 1'000 fr. par mois. Son revenu mensuel total est ainsi de 6'322 fr. 65.

Pour l'année 2013, le total des acomptes versés à l'Office d'impôt du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut s'élève à 9'162 fr. 60 pour l'impôt communal et cantonal calculé sur ses revenus et la contribution d'entretien versée par son époux à hauteur de 2'250 francs.

Ses charges mensuelles incompressibles sont les suivantes :

| | |
|---|---------------|
| Minimum vital | 1'200.00 |
| Entretien de son fils C.F._____ | 400.00 |
| Charges studio meublé | 705.00 |
| Charges appartement et garage | 453.45 |
| Charges hypothécaires des trois lots précités | 680.55 |
| Assurance-maladie | 483.50 |
| Frais médicaux non remboursés | 188.90 |
| Frais de transport | 147.00 |
| Impôts | <u>764.00</u> |
| Total | 5'022.40 |

Son solde disponible est ainsi de 1'300 fr. 25 (6'322 fr. 65 - 5'022 fr. 40).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (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 est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

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. Elle peut revoir librement 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 provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf.).

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 (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 les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les réf.). La Cour d'appel civile considère que des novas peuvent 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, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.).

En l'espèce, le certificat médical complémentaire du 20 avril 2013 du Dr [...], qui donne de plus amples renseignements sur les problèmes de santé de l'appelante, n'est pas recevable dès lors qu'il aurait pu être produit en première instance.

3. a) Aux termes de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), à la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre.

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC, applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes. Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{re} phr. CC, 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. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993 ; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1 ; TF 5A_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si

les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2 ; TF 5A_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et réf. ; TF 5A_811/2012 du 18 février 2013 c. 3.2 et réf.).

b) En l'espèce, depuis l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008, telle que modifiée par l'arrêt sur appel du 28 avril 2009 du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, puis confirmée par l'arrêt du 20 juillet 2009 de la Chambre des recours, il est établi que B.F._____ a remis son cabinet dentaire de [...] en avril 2009 et en a ouvert un nouveau à X._____ en mai 2011. Il s'agit d'un nouvel élément de fait essentiel et durable concernant sa situation financière qui peut justifier une modification des mesures provisionnelles ordonnées.

4. a) L'appelante fait valoir que dans la mesure où son époux a délibérément cessé l'exploitation florissante de son cabinet dentaire à [...], il convient de lui imputer un revenu hypothétique correspondant à celui qu'il réalisait en tant que médecin-dentiste dans cet ancien cabinet. Elle soutient également que l'état de santé de son époux n'est pas un élément justifiant de supprimer toute contribution d'entretien. Pour sa part, l'intimé considère que seul son revenu effectif est déterminant et qu'il a tout fait pour démarrer une nouvelle activité.

b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille – et notamment la contribution pécuniaire à verser par l'un des conjoints à l'autre dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 1 ch. 1 et 163 al. 1 CC ; voir p. ex. TF 5A_914/2010 du 10 mars 2011) ou de mesures provisoires dans un procès en divorce (art. 276 al. 1 CPC ; voir p. ex. TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1) – en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur ; il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique

supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4 ; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les références citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal ; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations ; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 c. 4a ; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement publié aux ATF 129 III 577 ; TF 5A_894/2010 précité c. 3.1 ; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1 et les références citées).

Le débirentier qui décide de changer d'orientation professionnelle ou projette de créer sa propre entreprise en qualité d'indépendant, alors qu'il sait, ou doit savoir, qu'il doit assumer des obligations d'entretien, peut raisonnablement se voir imputer un revenu hypothétique, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (ATF 137 III 118 c. 3.1), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (TF 5A_100/2012 du 30 août 2012 c. 4.1.1).

c) En l'espèce, l'intimé a déménagé en Suisse allemande afin d'y rejoindre sa concubine, ce qu'il était en droit de faire. Il a pris un nouveau départ professionnel en travaillant tout d'abord auprès de plusieurs médecins-dentistes, puis en ouvrant son propre cabinet dentaire à X._____. Dès lors que sa clientèle ne se développait pas aussi vite qu'espéré, il a débuté une autre activité les mardis, mercredis et jeudis auprès d'une consoeur à Winterthour, tout en travaillant les lundis, vendredis et samedis dans son nouveau cabinet. Force est ainsi de constater que l'intimé a fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement

attendre de lui pour reconstruire sa vie professionnelle. Dans ces circonstances, on ne saurait lui imputer un quelconque revenu hypothétique. On notera au demeurant, à l'instar du premier juge, que l'intimé n'a pas diminué son temps de travail en dépit de l'incapacité de travail de 50 % attestée par le Dr [...] à partir du 15 mars 2013. Le grief de l'appelante selon lequel le premier juge a supprimé sa contribution d'entretien en raison de l'état de santé de l'intimé est par conséquent infondé.

5. a) L'appelante soutient que le premier juge aurait dû prendre en considération le bénéfice net moyen de son époux des années 2008 à 2012, à savoir depuis l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008. Elle expose que, pour l'année 2011, le premier juge n'aurait pas dû retenir les frais de leasing de la voiture de son époux à hauteur de 12'898 fr. 80 (alors que ces frais pour l'année 2010 étaient de 8'599 fr. 20) et qu'il n'a pas tenu compte d'une part que l'intimé entretient sa concubine à hauteur de 1'500 fr. par mois, d'autre part qu'il a versé à celle-ci la somme de 15'000 fr. sous forme d'une voiture. Concernant l'année 2012, l'appelante considère qu'il y a lieu de prendre en compte les encaisses de l'intimé résultant du compte Raiffeisen par 380'206 fr. 05, du compte Postfinance par 26'619 fr. et de la « Caisse des dentistes » par 168'444 francs. Elle soutient que sa charge fiscale est de 763 fr. 55 au lieu de 500 fr. et que celle de son époux, par 1'000 fr., a été estimée sans fondement. Selon les calculs de l'appelante, le revenu mensuel moyen net de son époux serait de 12'126 fr. 40 et celui-ci devrait lui verser une contribution d'entretien mensuelle de 3'883 fr. 45.

b) Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net. Pour obtenir un résultat en cas de revenus fluctuants, il convient de tenir compte en général du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années. Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue (TF 5A_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1, in FamPra.ch 2010 p. 678 et références). Dans certaines circonstances, il peut être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables

exceptionnelles, à savoir des bilans attestant de résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. Par ailleurs, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les provisions injustifiées et les achats privés (TF 5A_687/2011 du 17 avril 2012 c. 5.1.1 ; TF 5D_167/2008 du 13 janvier 2009, publié in FamPra.ch 2009 p. 464). En revanche, les amortissements qui s'effectuent sur plusieurs années et sont liés à des investissements nécessaires et usuels ne doivent pas être ajoutés (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 3.2 ; Juge délégué CACI 28 janvier 2013/56).

Dans le cadre de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance avec une administration restreinte des moyens de preuve (ATF 127 III 474 c. 2b/bb), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 in limine; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 3.2 ; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011 c. 4.2 in fine ; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2 ; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3), ce qui exclut la mise en œuvre d'une expertise financière sur les revenus d'une partie (CACI 6 février 2012/59 ; CACI 25 août 2011/211 ; Chaix, Commentaire romand, n. 7 ad art. 176 CC) et, de manière générale, les mesures d'instruction coûteuses (TF 5A_610/2012 du 20 mars 2013 c. 1.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 c. 5 ; TF 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 c. 1.3). Ces principes restent applicables après l'entrée en vigueur du CPC (TF 5A_386/2012 du 23 juillet 2012 c. 2.3 ; TF 5A_182/2012 du 24 septembre 2012 c. 2.3). On ne saurait exiger du juge des mesures provisionnelles ou protectrices qu'il se transforme en expert avisé, qui devrait déceler, sur la base des seuls comptes, où pourraient résider des charges fictives (CREC II 20 octobre 2008/199). C'est d'autant plus le cas lorsque les comptes ont été établis par une fiduciaire, qui atteste qu'ils l'ont été dans le strict respect des normes comptables et que les

amortissements comptables répondent aux exigences fiscales (Juge délégué CACI 16 décembre 2011/404).

Le juge se fondera donc notamment sur la comptabilité produite par cette partie - qui n'a qu'une valeur probante limitée dans la mesure où elle est établie sur la base des données fournies par la partie elle-même - ainsi que sur les autres éléments pertinents au dossier. Il peut ainsi parfaitement tenir compte d'un rapport établi par une société de conseil mandatée par la partie adverse et analyser cette comptabilité de manière à mettre en lumière certains aspects problématiques ; en effet, si un tel rapport n'a à l'évidence pas la valeur probante qu'aurait une expertise indépendante, il peut éclairer le juge sur l'analyse de la comptabilité produite qui n'a elle-même, comme déjà dit, qu'une valeur probante limitée (Juge délégué CACI 8 juillet 2013/362).

De simples allégations de partie - fussent-elles même plausibles - ne suffisent pas à prouver un fait, à moins qu'elles ne soient corroborées par des pièces qui accréditent la thèse soutenue (TF 5A_723/2012 du 21 novembre 2012 c. 4.2.1 ; TF 5A_811/2012 du 18 février 2013 c. 4.2.1).

c) aa) En l'espèce, la situation professionnelle de l'intimé s'est modifiée depuis la décision de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008. Comme évoqué ci-dessus, il a remis son cabinet dentaire de [...] en avril 2009, a travaillé ensuite auprès de plusieurs confrères, avant de finalement ouvrir un nouveau cabinet dentaire à X._____ en mai 2011 tout en travaillant à Winterthour. Au vu de ces circonstances particulières et du caractère non durable des revenus réalisés d'avril 2009 à avril 2011 auprès de plusieurs cabinets dentaires, il n'était effectivement pas approprié de faire une moyenne des activités professionnelles indépendantes de l'intéressé de 2008 à 2012. C'est par conséquent à bon escient que le premier juge a calculé le revenu net moyen de l'intimé depuis mai 2011, soit à partir du moment où il a débuté une activité indépendante stable à son nouveau cabinet à X._____ et à celui de Winterthour.

bb) Selon les comptes révisés 2011, le chiffre d'affaires de l'intimé était de 222'029 fr. 60, dont 151'476 fr. 75 à X._____ et 70'552 fr. 85 à Winterthour. Contrairement à ce que soutient l'appelante, le premier juge a pris en compte les 15'000 fr. que l'intimé a versés à sa concubine sous forme d'une voiture, puisqu'il a ajouté ce montant au bénéfice net de 12'304 fr. 20 (cf. jgt, p. 101). La question de savoir si l'intimé soutient financièrement sa concubine ne se pose pas, dès lors qu'il n'existe pas d'obligation légale entre concubins et que l'entretien de l'épouse doit primer (TF 5C.232/2005 du 10 février 2005 c. 3.3 ; Juge délégué CACI 1^{er} mars 2013/122). Quant aux frais de leasing de voiture, l'intimé explique de manière convaincante qu'il a dû changer de véhicule, car l'ancien occasionnait trop de frais. Le bénéfice net de l'année 2011 s'élève ainsi à 27'304 fr. 20 (12'304 fr. 20 + 15'000 fr.).

Concernant l'année 2012 à Winterthour, l'intimé a produit un classeur indiquant les encaisses journalières. Sous déduction de certains frais, son chiffre d'affaires s'élève à 274'390 fr., soit 137'195 fr. dès lors qu'il a été convenu avec sa consœur qu'il ne recevrait que 50 % des encaisses réalisées. Ce chiffre semble plausible dans la mesure où, pour l'activité exercée de fin août à décembre 2011, les comptes révisés indiquent la somme de 70'552 fr. 85.

S'agissant de son activité à X._____ durant l'année 2012, l'intimé a produit des extraits de ses deux comptes professionnels - déclarés en 2011 - auprès de la Raiffeisen (compte n° [...]) et auprès de Postfinance (compte CCP n° [...]), un livre de caisse (« Kostenrechnung 2011 + 2012 »), son agenda 2012 et un classeur de factures. C'est de manière erronée que le premier juge a retenu le chiffre d'affaires de 362'876 fr. 80 allégué par l'intimé. En effet, outre le fait qu'une simple allégation ne suffit pas à prouver un fait, il s'agit, au stade des mesures provisionnelles, de se fonder sur les moyens de preuves immédiatement disponibles et de statuer sur la base de la simple vraisemblance et selon une libre appréciation des preuves administrées.

Dans son mémoire de réponse (p. 6, ch. 13), l'intimé renvoie à une pièce rédigée par lui-même qui se borne à indiquer que les « recettes » de Winterthour sont de 153'160 fr. 60, celles d'X._____ de 152'500 fr. et celles d'un « Konto R » – dont on ne sait pas ce que cela veut dire – de 57'216 fr. 20 (cf. lettre de l'intimé du 24 avril 2013 et ses annexes et pièce V du bordereau du 9 juillet 2013). On ne dispose d'aucune autre pièce, information ou explication corroborant le chiffre de 362'876 fr. 80 allégué. Selon le résultat de l'exercice 2011 qu'il a établi (cf. pièce 6 du bordereau du 11 février 2013), l'intimé a indiqué que ses « recettes » se composaient notamment de versements au comptant sur ses comptes à la Raiffeisen et à Postfinance. C'est donc également sur la base des versements au comptant effectués sur ces deux comptes en 2012 que son chiffre d'affaires sera établi, ce qui conduit à retenir la somme de 304'442 fr. 40 à la Raiffeisen (versements intitulés : « Bareinzahlung », « Einzahlung » et « Einzahlungautomat ») et le montant de 19'650 fr. à Postfinance. L'intimé ne prétend par ailleurs pas, ni même ne prouve, qu'il aurait puisé ces sommes d'argent dans sa fortune personnelle afin d'alimenter ces deux comptes professionnels. Il convient d'y ajouter les versements de particuliers de 45'618 fr. 85 sur le compte de la Raiffeisen, sachant que les autres encaissements, par exemple du « Conto-Service RB Winti-Indoor », du fisc ou d'assurances, n'ont pas été pris en compte. Le chiffre d'affaires total à X._____ s'élève ainsi à 369'711 fr. 25. Dès lors que l'agenda 2012 est quasiment plein et que l'on peut partir du principe que la clientèle a augmenté en 2012 grâce aux frais de publicité (14'935 fr. 45 en 2011 et 10'159 fr. 90 en 2012), le chiffre de 369'711 fr. 25 apparaît tout à fait vraisemblable. Cela l'est d'autant plus que l'achat de matériel a doublé pour passer de 50'275 fr. 35 en 2011 à 100'302 fr. 28 en 2012.

S'agissant des charges, il n'appartient pas au juge de se transformer en expert, de sorte que le classeur de factures produit par l'intimé n'a pas à être examiné en détail. Cela étant, si on compare les charges alléguées de l'année 2012 par 307'175 fr. 53 avec celles de 2011 par 194'725 fr. 40 (honoraires de 222'029 fr. 60 – bénéfice net de 27'304 fr. 20), on peut retenir ce montant, auquel il y a lieu d'ajouter les

amortissements par 16'840 fr. comme retenu en 2011. On prendra également en compte un remboursement partiel du prêt de la Raiffeisen par 4'000 fr. et un remboursement partiel des prêts privés par 10'000 fr., ce qui fait un total de 338'015 francs. Le remboursement du leasing de l'installation du cabinet a déjà été comptabilisé par l'intimé dans ses charges à hauteur de 38'750 fr. 40.

Le revenu brut 2012 s'élève ainsi à 506'906 fr. 25 (137'195 fr. + 369'711 fr. 25), le revenu net à 168'891 fr. 25 (506'906 fr. 25 - 338'015 fr.) et le gain mensuel moyen arrondi de mai 2011 à décembre 2012 à 9'810 fr. ([27'304 fr. 20 + 168'891 fr. 25] : 20 mois). En outre, si on compare avec l'activité exercée à [...], à savoir des honoraires de 720'046 fr. 45 en 1999, 695'805 fr. 85 en 2000, 729'532 fr. 40 en 2001, 758'932 fr. 25 en 2002, 730'812 fr. 30 en 2003, 1'019'689 fr. en 2004, 913'590 fr. 95 en 2005, 877'628 fr. 40 en 2006 et 858'783 fr. 79 en 2007, le revenu brut de 2012 par 506'906 fr. 25 apparaît vraisemblable.

cc) S'agissant des charges incompressibles, il y a lieu de corriger le poste « impôts » de l'intimé en rapport avec son revenu de l'année 2012. Dès lors que l'arrêt sur appel du 28 avril 2009 retient un montant de 1'870 fr. pour un gain mensuel de 11'906 fr., il sera retenu la somme de 1'540 fr. (9'810 fr. x 1'870 fr. : 11'906 fr.). Le total de ses charges s'élève ainsi à 3'758 fr. 75 (cf. supra, let. C, ch. 9a).

Les frais de transport de l'appelante sont erronés. En effet, le fait que celle-ci termine quelquefois son travail à 22h00 en raison de son emploi de vendeuse n'est pas une circonstance significative et durable justifiant une modification de ce poste de charges. On notera au demeurant que l'appelante peut encore prendre le train de Lausanne à La Tour-de-Peilz si elle termine son travail à cette heure-là et que l'on ne dispose d'aucune attestation de son employeur selon laquelle elle devrait posséder un véhicule pour les trajets entre son domicile et son lieu de travail. Il en résulte que seul le montant mensuel de 147 fr., correspondant à l'abonnement général, sera pris en compte (1'760 fr. : 12). Enfin, le poste « impôts » de l'appelante doit être modifié dès lors que son époux

doit continuer à lui verser une pension mensuelle de 2'250 fr. (cf. infra), ce qui conduit à retenir le montant de 764 fr. (9'162 fr. 60 : 12). Le total de ses charges s'élève ainsi à 5'022 fr. 40 (cf. supra, let. C., ch. 9b).

Le total des revenus des époux est de 16'132 fr. 65 (9'810 fr. + 6'322 fr. 65) et celui de leurs minima vitaux de 8'781 fr. 15 (3'758 fr. 75 + 5'022 fr. 40). Leur disponible de 7'351 fr. 50 (16'132 fr. 65 - 8'781 fr. 15) devant être partagé à raison d'une demie pour chacun, soit 3'675 fr. 75, il en résulte un montant de 2'375 fr. 50 en faveur de l'épouse après déduction de son solde disponible (3'675 fr. 75 - 1'300 fr. 25). Il y a ainsi lieu de retenir que l'intimé est en mesure de continuer à contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'un montant 2'250 fr. par mois, intérêts hypothécaires des immeubles de celle-ci compris, payable d'avance le premier de chaque mois, comme prononcé par arrêt sur appel du 28 avril 2009.

6. Il s'ensuit que l'appel doit être admis et les chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance entreprise modifiés en ce sens que la requête de mesures provisionnelles déposée le 8 novembre 2012 par B.F. _____ à l'encontre de A.F. _____ est rejetée (I) et que l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 25 février 2013 est révoquée (II). L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé doit verser à l'appelante la somme de 2'000 fr. à titre de dépens (art. 7 al. 1 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]), ainsi que le montant de 600 fr. à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée 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 de mesures provisionnelles rendue le 2 septembre 2013 est réformée aux chiffres I et II de son dispositif comme il suit :

I. rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 8 novembre 2012 par B.F._____ à l'encontre de A.F._____.

II. révoque l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 25 février 2013.

L'ordonnance est maintenue 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 B.F._____.

IV. L'intimé B.F._____ doit verser à l'appelante A.F._____ la somme de 2'600 fr. (deux mille six cents francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Marcel Heider (pour A.F. _____)
- Me Denis Bridel (pour B.F. _____)

La juge déléguée 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 civil de l'arrondissement de l'Est vaudois

La greffière :