

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1er mai 2013

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

Art. 163 al. 1 CC; 317 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.F.**_____ à Corseaux, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 février 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 Villars-sur-Ollon, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 février 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les conclusions provisionnelles déposées le 19 décembre 2012 par A.F._____ (I), dit que les frais et dépens de la décision suivaient le sort de la cause au fond (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III).

En droit, le premier juge a considéré que les circonstances de fait ne s'étaient pas modifiées depuis le mois de juillet 2011 et que le disponible de 1'600 fr. par mois permettait à A.F._____ de financer la procédure de divorce en cours entre les parties, sans qu'il soit nécessaire de lui allouer la provisio ad litem réclamée.

B. A.F._____ a interjeté appel le 4 mars 2013 contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, principalement à sa réforme en ce sens que l'intimé B.F._____ doit lui verser une provisio ad litem de 50'000 fr. dans un délai de vingt jours dès l'entrée en force de la décision et, subsidiairement, à son annulation. Elle a produit un bordereau de pièces.

L'intimé a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel.

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

L'appelante A.F._____ le [...] 1956 et l'intimé B.F._____, né le [...] 1949, tous deux de nationalité danoise, se sont mariés le [...] 1984 sous le régime de la séparation de biens. Deux enfants sont issus de cette union : C.F._____, né le [...] 1989, et D.F._____, né le [...] 1995.

Les parties vivent séparées depuis la fin du mois de juillet 2005. Depuis lors, l'intimé verse à l'appelante une contribution d'entretien de 12'000 fr. par mois et règle les factures de la famille liées à l'immeuble occupé par l'appelante, aux impôts du couple et aux frais d'écolage et d'assurance-maladie des enfants.

L'intimé ne travaille pas et vit des revenus de sa fortune, qui s'élèvent, selon ses déclarations, à quelque 200'000 fr. par an.

L'appelante n'exerce aucune activité lucrative et n'a pas d'autres revenus que la contribution d'entretien versée par l'intimé.

Le 4 janvier 2008, l'intimé a déposé devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois une demande unilatérale de divorce.

Le 17 novembre 2008, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a requis de l'appelante une avance des frais frustraires pour la réforme qu'elle avait requise. Le 5 décembre 2008, l'appelante a déposé une requête de mesures préprovisionnelles et provisionnelles tendant à l'allocation d'une provision ad litem de 15'000 fr. en faisant valoir qu'elle n'était pas à même de supporter les frais de procès, en particulier l'avance des frais frustraires susmentionnée. Le 8 décembre 2008, l'intimé a déclaré accepter de payer l'avance des frais frustraires à titre de provision ad litem.

Dans le cadre de la procédure provisionnelle, l'appelante a produit une liste de ses dépenses du 28 juillet au 27 août 2008 faisant état d'un montant total de 11'198 fr. (mise à disposition d'argent pour l'enfant à Boston 1'500 fr, commissions 2'500 fr., essence : 500 fr., vétérinaire et produits pour les animaux, 490 fr., produits de santé : 280 fr., cadeau d'anniversaire enfant : 1'000 fr.; factures diverses : 2'900 francs; argent de poche enfant : 400 fr.; achat de plante pour le jardin : 150 fr.; acquisition de clés 56 fr.; salaire de la femme de ménage 1'000 fr., frais de machine à café : 132 fr.; livres : 40 fr.; "bulletin de versement" 250 fr.).

A l'audience de mesures provisionnelles du 29 avril 2009, les parties ont signé une convention ratifiée par le juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles prévoyant le versement par l'intimé d'une provisio ad litem de 6'500 francs.

Le 16 mars 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a réclamé aux parties une avance de frais de 4'000 francs pour l'expertise.

Par requête de mesures provisionnelles du 24 août 2010, l'appelante a conclu, avec dépens, au versement par l'intimé d'un provisio ad litem de 29'999 fr. 99 en faisant valoir l'ampleur prise par la procédure de divorce en raison de l'attitude de l'intimé.

Le 2 novembre 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a réclamé à l'appelante une avance de frais de 33'000 fr. pour l'expertise effectuée par une fiduciaire, puis, le 4 février 2011, une avance complémentaire de 400 fr. à chaque partie pour la première expertise.

Sur réquisition de l'intimé, l'appelante a produit, dans le cadre de la procédure provisionnelle un bordereau de décomptes et de justificatifs de ses dépenses pour la période courant du 21 décembre 2009 au 25 janvier 2010, puis du 20 février 2010 au 27 janvier 2011, dont il ressort qu'elle a dépensé en moyenne 10'404 fr. 58 par mois.

A l'audience de mesures provisionnelles du 17 février 2011, l'appelante a augmenté ses conclusions à 85'400 fr., compte tenu des honoraires de son conseil depuis le 24 août 2010, de l'avance des frais d'expertise fiduciaire et du complément d'avance de frais d'expertise de 400 fr. susmentionné.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 18 juillet 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les conclusions de l'appelante en octroi d'une provisio ad litem (I), rendu l'ordonnance sans frais ni dépens (II) et rejeté toutes autres ou plus

amples conclusions (III). En droit, il a considéré que rien au dossier ne permettait de retenir des procédés dilatoires ou un comportement fautif en procédure de l'intimé, que l'avance des frais d'expertise fiduciaire avaient été mis à la charge exclusive de l'appelante dès lors que ce moyen de preuve n'était pas apte et nécessaire à l'établissement des faits pertinents, ce qui excluait sa prise en charge par l'intimé par le biais de la provisio ad litem et que l'appelante bénéficiait d'un disponible de 1'600 fr. par mois lui permettant d'assumer les frais occasionnés par le procès.

L'appelante a interjeté appel contre cette ordonnance et les parties ont passé le 3 octobre 2011 devant le Juge délégué de la Cour d'appel civile une convention ratifiée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles prévoyant le versement par l'intimé d'une provisio ad litem de 20'000 fr. à l'appelante.

Au mois de septembre 2011, C.F. _____ est parti étudier à l'étranger et ne vit plus avec l'appelante.

Le 2 octobre 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de L'Est vaudois a réclamé à chacune des parties une avance de frais de 10'000 fr. pour l'audience de jugement.

Le 17 décembre 2012, le conseil de l'appelante a établi une note d'honoraires pour la période courant du 7 avril 2011 au 17 décembre 2012 pour un montant de 44'008 fr. 75 hors taxes.

Par requête de mesures provisionnelles déposée 19 décembre 2012 devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, A.F. _____ a conclu au paiement par l'intimé d'une provisio ad litem de 50'000 fr., soit 30'000 fr. en couverture des honoraires de son avocat, 10'000 fr. en couverture de la provision de celui-ci pour l'audience de jugement et 10'000 francs pour l'avance des frais judiciaires de cette audience. Elle a notamment fait valoir que le nombre important de requêtes incidentes et une procédure pénale intentée contre l'intimé avaient généré des honoraires d'avocat conséquents, que l'audience de

jugement à intervenir, pour laquelle une avance de frais de 10'000 fr. lui était réclamée, mettait en jeu des intérêts familiaux et financiers importants nécessitant un travail d'avocat conséquent dont la provision destinée à le couvrir ne pouvait pas être inférieure à 10'000 francs.

Le 28 janvier 2013, l'intimé a conclu, avec dépens, au rejet de la requête.

L'appelante a produit des déterminations à l'audience du 29 janvier 2013.

Le 26 février 2013, l'ancien conseil de l'appelante lui a adressé une note d'honoraires de 88'770 fr. TVA incluse, pour ses prestations fournies durant la période courant du 16 novembre 2005 au 22 août 2008.

Depuis l'audience de mesures provisionnelles du 28 janvier 2013, l'appelante a versé respectivement 200 fr. et 5'000 fr. d'avances de frais à l'Ordre judiciaire et 15'000 fr. à son avocat.

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 ordonnances de mesures provisionnelles rendues dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Interjeté en temps utile par une partie qui y a un intérêt dans une cause où la valeur litigieuse de première instance dépasse 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 [loir 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, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250).

c) 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; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les références citées). La jurisprudence de la cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

En l'espèce, les mesures protectrices de l'union conjugale sont soumises à la maxime inquisitoire (art. 272 CPC) et le présent litige provisionnel ne concerne pas le sort d'enfants mineurs. Les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent donc pleinement et les pièces antérieures à l'audience de mesures provisionnelles du 29 janvier 2013 produites par l'appelante en deuxième instance sont irrecevables dans la mesure où

elles ne figurent pas au dossier de première instance. En particulier, les récépissés attestant de paiement (pièce n° 15 du bordereau) antérieurs au 29 janvier 2013 sont irrecevables dès lors que l'appelante n'explique pas pourquoi elle a été empêchée de les produire en première instance. Quant à la pièce n° 16 du bordereau, elle est recevable, car elle ne pouvait être produite à l'audience de mesures provisionnelle, étant postérieure à celle-ci.

3. a) L'appelante soutient que le premier juge a sous-estimé ses charges en ne retenant pas un montant supplémentaire pour les frais ne faisant pas l'objet de factures ou de reçus. Elle conteste que certaines de ses dépenses soient somptuaires et fait valoir qu'elle n'est pas en mesure de supporter les frais importants occasionnés par le procès. Elle relève que la fortune de l'intimée dépasse 12'000'000 francs et que cela entraîne une inégalité des armes dans le procès en divorce. Elle se réfère à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_784/2008 du 20 novembre 2009.

b) D'après la jurisprudence, une *provisio ad litem* est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 la 99 c. 4; TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 c. 2). Le fondement de cette prestation — devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) — est controversé (TF 5P_346/2005 du 15 novembre 2005 c. 4.3; La Pratique du droit de la famille [FamPra.ch] 2006 p. 892 n° 130 et les références citées; Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, n. 131 ad art. 159 CC, pp. 52-53 et références), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi. En tout état de cause, selon l'art. 163 al. 1 CC, la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari (art. 160 al. 2 aCC; ATF 110 II 116 c. 2a), mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, 2000, p. 221 n. 38 et les références citées; TF 5P_4212006 du

10 juillet 2007 c. 4). Il est par ailleurs incontesté que l'obligation du mari d'affecter une part de son revenu à l'entretien de sa femme est prioritaire par rapport tant à la proviso ad litem qu'à l'obligation de faire ses propres avances de frais de l'instance en divorce (TF 5P.31/2004 du 26 avril 2004 c. 2.2; cf. ATF 103 la 99 c. 4).

Le versement d'une proviso ad litem en faveur de l'autre partie, indépendamment de sa position procédurale, peut être ordonnée par voie de mesures provisionnelles (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 40 ad art. 137 CC, p. 473; Gloor, Basler Kommentar, 3^e éd., 2006, n. 13 ad art. 137 CC, p. 881). Un conjoint ne peut toutefois obtenir une proviso ad litem pour une procédure qu'il aurait initiée et qui apparaîtrait d'emblée infondée ou dilatoire (TF 5P.184/2005 du 18 juillet 2005 c. 3.2; Hausheer/Reusser/ Geiser, Berner Kommentar, 1999, n. 15 ad art. 163 CC, p. 184).

Les contributions d'entretien ont en principe pour but de couvrir les besoins courants des bénéficiaires, et non de servir, comme la proviso ad litem, à assumer les frais du procès en divorce; l'octroi d'une telle provision peut donc être justifié indépendamment du montant de la contribution à l'entretien de la famille (TF 5A_448/2009 du 25 mai 2010 c. 8.2 ; cf. TF 5A_62/2011 du 26 juillet 2011, c. 3.2 in fine).

Dans l'arrêt invoqué par l'appelante, le Tribunal fédéral a confirmé une décision du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois allouant à l'épouse une proviso ad litem de 30'000 fr, après un premier versement de 10'000 fr. une année auparavant, eu égard à l'absence d'activité professionnelle de l'épouse, à une contribution d'entretien de 8'500 fr. par mois couvrant l'entretien de celle-ci et de deux enfants et en tenant compte du fait que depuis 2007, les circonstances s'étaient modifiées de manière essentielle et durable.

c) En l'espèce, il est démontré que la contribution d'entretien versée à l'appelante lui laisse un disponible de 1'600 fr. par mois compte tenu des dépenses qualifiées de somptuaires par le premier juge.

L'appelante n'a pas rendu vraisemblable que les charges retenues par le premier juge sur la base des pièces justificatives qu'elle avait produites dans le cadre de la procédure ayant abouti à l'ordonnance du 18 juillet 2011 sont inférieures à celles encourues réellement, ni que ces charges auraient augmenté dans l'intervalle. Au contraire, l'aîné des deux enfants des parties ne vit plus avec l'appelante en raison d'études à l'étranger, ce qui est de nature à faire diminuer les charges supportées par l'appelante.

La note d'honoraires de son ancien conseil du 26 février 2013, relative à des prestations antérieures au 3 octobre 2011 facturées 88'700 fr. et la provision versée par son conseil actuel, par 15'000 fr. ne permettent pas de retenir que les circonstances ont changé de manière notable et durable depuis la signature de la convention entre les parties le 3 octobre 2011. En effet les avocats ont l'obligation découlant de l'art. 12 let. i LLCA (loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats; RS 935.61) de renseigner leur client sur les honoraires dus et de lui demander, au fur et à mesure, des provisions complémentaires. On doit ainsi considérer qu'au moment de la signature de la convention du 3 octobre 2011, les frais générés de manière directe ou indirecte par le procès en divorce, en particulier les honoraires du précédent conseil de l'appelante, étaient sinon totalement, du moins largement connus de l'appelante. Les autres frais invoqués en deuxième instance n'ont pas été établis ni rendus vraisemblables, faute d'avoir été présentés en première instance. Au surplus, plusieurs postes représentant une somme légèrement supérieure à 16'000 fr. ne concernent pas directement la procédure de divorce, mais des factures relatives à des prestations de détective privé, sur l'utilité desquelles on peut émettre des doutes sachant que les parties sont séparées de biens, que la faute n'est plus déterminante dans les questions du divorce et des effets accessoires de celui-ci et que l'appelante a déposé une plainte pénale contre l'appelé.

L'appelante ne démontre pas que la procédure de divorce serait devenue manifestement plus conflictuelle depuis la convention du 3 octobre 2011. Au contraire, le dossier témoigne d'une procédure complexe dès son ouverture en 2008. Là également on ne saurait retenir une

modification notable et durable des circonstances. De même, la transaction du 3 octobre 2011 prend en compte l'inégalité des ressources des parties et l'appelante ne démontre pas en quoi la situation se serait détériorée sur ce point depuis lors.

En définitive, on ne se trouve pas dans la situation ayant fait l'objet de l'arrêt 5A_784/2008 et c'est à juste titre, au regard de la réglementation susmentionnée, que le premier juge a rejeté la requête de l'appelante.

4. En conclusion, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance confirmée.

Vu l'issue du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (art. 65 al. 4 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils), doivent être mis à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

La charge des dépens est évaluée à 1'200 fr. pour chaque partie, de sorte que, compte tenu de ce que les frais - comprenant les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) - doivent être mis à la charge de l'appelante, celle-ci versera à l'intimé la somme de 1'200 fr. à titre de dépens.

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 rejeté.

II. La décision est confirmée.

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

IV. L'appelante doit verser à l'intimé B.F._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 2 mai 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 Laurent Maire (pour A.F._____),
- Me Gloria Capt (pour B.F._____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :