

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 15 avril 2011

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

Art. 176 al. 1 ch. 1, 179 al. 1 CC; 317 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.V.**_____, à Laax, demanderesse, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 7 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.V.**_____, à Lausanne, défendeur, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 7 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions de la demanderesse A.V. _____ (I), dit que la pension prévue par la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 juillet 2007 en faveur de la demanderesse est supprimée avec effet au 1^{er} juin 2008 (II), levé l'avis au débiteur ordonné à l'encontre du défendeur B.V. _____ par ordonnance de mesures préprovisoires du 16 décembre 2010 (III), fixé les frais de la procédure provisionnelle de chacune des parties à 200 fr. (IV), alloué au défendeur des dépens, par 1'200 fr. (V), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (VII).

En droit le premier juge a retenu que la demanderesse avait renoncé à la contribution litigieuse avec effet au 1^{er} juin 2008. Il a considéré qu'aucun changement important dans la situation financière de la demanderesse n'était intervenu et qu'il convenait d'appliquer le principe du "clean break".

B. A.V. _____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, à sa modification en ce sens que la contribution d'entretien prévue par la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 juillet 2007 en sa faveur est supprimée avec effet au 1^{er} février 2011, des dépens de première instance lui étant alloués, subsidiairement étant compensés. Elle a produit un bordereau de pièces.

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

La demanderesse A.V._____, née le [...] 1973, et le défendeur B.V._____, né le [...] 1971, se sont mariés le [...] 2001. Aucun enfant n'est issu de cette union.

Le défendeur, diplômé d'une haute école de gestion et la demanderesse, titulaire d'un CFC d'employée de bureau parlant couramment quatre langues, se sont installés à Hong Kong après leur mariage, où chacun exerçait alors une activité professionnelle. Ils ont ensuite quitté la Chine pour s'établir sur l'archipel des Bahamas, mus par des considérations professionnelles.

Au début de l'année 2007, à la suite de difficultés conjugales, les parties ont décidé de se séparer. La demanderesse est alors rentrée en Suisse pour s'établir à Montreux, où elle a rapidement trouvé du travail dans son secteur d'activité. Le demandeur est demeuré au Bahamas jusqu'au mois de mars 2010.

Par convention du 5 juillet 2007, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, le défendeur s'est engagé à contribuer à l'entretien de la demanderesse par le versement d'une pension de 2'300 fr. par mois dès le 1^{er} août 2007 tant que celle-ci aurait un emploi et de 3'900 fr. dès le moment où elle perdrait celui-ci, un avis au débiteur étant immédiatement activé à la seule demande de la créancière si le débiteur devait accuser un retard de plus de dix jours dans le paiement d'une pension.

Le défendeur a cessé de s'acquitter de dite contribution à partir du 1^{er} juin 2008, selon lui d'entente avec la demanderesse. Il ressort des échanges de courriels survenus entre les parties du mois d'août au mois d'octobre 2009 dans le cadre de pourparlers en vue de la conclusion d'une convention sur effets accessoires du divorce que la demanderesse n'a pas réclamé à cette époque le paiement de dite pension. Dans un courriel du mois de juillet 2010, la demanderesse a déclaré être d'accord notamment sur la question de la pension et demandé une compensation

dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial notamment en raison de sa renonciation à celle-ci.

Au début de l'année 2010, la demanderesse a quitté la Riviera vaudoise ainsi que son emploi pour suivre son nouveau compagnon à Saint-Gall puis à Laax. Le défendeur est revenu en Suisse au mois de mars 2010.

Le 12 octobre 2010, le défendeur a signé une convention sur les effets du divorce prévoyant notamment la renonciation des parties à tout entretien dès le 1^{er} juin 2008. Le 19 octobre 2010, le conseil de la demanderesse a adressé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne un courrier déclarant retirer sa requête commune pour le motif que sa cliente n'était plus d'accord avec la convention et qu'elle demandait le paiement des arriérés de pension jusqu'au divorce, ainsi que le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle.

Par courrier du 1^{er} décembre 2010, le conseil de la demanderesse a informé le défendeur que sa cliente n'était plus d'accord de renoncer aux arriérés de pensions dus selon la convention du 5 juillet 2007 et lui a réclamé le paiement du montant de 2'300 fr. par mois, ainsi qu'une proposition de paiement pour l'arriéré. Elle lui a en outre fait parvenir un nouveau projet de convention corrigé, l'avisant qu'à défaut d'accord, elle déposerait une demande unilatérale en divorce.

Le défendeur réalise un revenu net de 12'227 fr. 60 par mois, auquel s'ajoute un bonus annuel de 20'000 fr. au maximum. Il vit à Lausanne avec sa nouvelle compagne pour laquelle il assume les frais courants, celle-ci connaissant certaines difficultés financières.

La demanderesse n'a pas retrouvé de travail depuis son départ à Saint-Gall, mis à part des cours de français pour un taux d'activité avoisinant les 20 %. Elle touche de l'assurance-chômage une indemnité nette de 4'279 fr. par mois. Ses recherches d'emploi sont principalement orientées vers l'enseignement du français. Elle souhaiterait également

trouver un travail en lien avec sa formation, mais ne maîtrise actuellement pas suffisamment l'allemand. Son compagnon est médecin-assistant. Ils partagent leur loyer de 1'860 fr. par moitié et la demanderesse paye 190 fr. par mois pour son assurance-maladie.

La demanderesse a ouvert action en divorce le 6 décembre 2010.

Par requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence, adressée le 15 décembre 2010 au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, A.V. _____ a conclu à ce qu'ordre soit donné à l'employeur du défendeur de prélever chaque mois sur le salaire de celui-ci la somme de 2'300 fr. et de lui verser ce montant.

Par ordonnance de mesures d'extrême urgence de 16 décembre 2010, ce magistrat a fait droit à cette requête.

Le 13 janvier 2011, le défendeur a conclu au rejet de la requête, ainsi qu'à la levée de l'avis au débiteur.

A l'audience du 21 janvier 2011, le défendeur a conclu reconventionnellement à ce qu'il soit constaté que la défenderesse avait renoncé à percevoir la contribution alimentaire mise à sa charge, à la suppression de la contribution prévue par convention du 5 juillet 2007 avec effet au 1^{er} juin 2008 et à la levée de l'avis au débiteur.

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 7 février 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs, l'appel est formellement 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 (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., p. 136).

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; Tappy, op. cit., p. 138). 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 (ibidem, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, 2010, n. 7 ad art. 317 CPC, pp. 1498-1499; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC, pp. 2032-2033). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2^{ème} éd., 2010, n. 2410, p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs 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 (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415 p. 438; sur le tout JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelante a produit un bordereau de pièces en deuxième instance, dont les pièces n^{os} 1, 2, 6-8 ne figurent pas au dossier de première instance. Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de déclarer ces pièces nouvelles irrecevables, dès lors que la contribution litigieuse ne vise pas à assurer l'entretien d'un enfant mineur, que ces pièces sont antérieures à l'audience de mesures provisionnelles et que l'appelante ne démontre pas qu'elles n'ont pu être produites avant dite audience, malgré la diligence requise.

3. L'appelante soutient que la contribution litigieuse ne pouvait être supprimée avec effet au 1^{er} juin 2008 que par un prononcé du juge.

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, les époux peuvent, indépendamment d'une procédure judiciaire, modifier par convention leurs relations patrimoniales même sans ratification du juge, pour autant que la modification ne concerne pas des enfants mineurs (ATF 107 II 10, JT 1982 I 451 rendu en matière de contribution après divorce; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 1998, n. 35 ad art. 179 CC, p. 709; Gillard, La transaction judiciaire en procédure civile, thèse Lausanne 2003, pp. 260-261; Chaix, Commentaire romand, 2010, n. 1 ad art. 179 CC, p. 1251; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, 2^{ème} éd., 2009 n^o 740a, p. 351; contra Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, n. 7a ad art. 179 CC, p. 657; Isenring/Kessler, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., 2010, n. 5 ad art. 179 CC, p. 1053, qui n'envisagent que la renonciation extra judiciaire à des prestations échues).

En l'espèce, l'intimé a cessé de payer la contribution litigieuse dès le 1^{er} juin 2008. Les parties ont été ensuite en négociation sur la

liquidation du régime matrimonial, négociations qui ont porté sur la question des contributions dues dès le 1^{er} juin 2008, ainsi qu'en atteste le courriel de l'appelante du mois de juillet 2010 et le projet de convention signé par l'intimé le 12 octobre 2010. Jusqu'à son courrier du 19 octobre 2010, par lequel elle a déclaré ne plus être d'accord de renoncer à l'arriéré de contribution, l'appelante n'a à aucun moment, dans les courriels échangés par les parties réclamé à l'intimé le paiement de dite contribution, ni fait usage de la possibilité d'avis au débiteur prévue par la convention du 5 juillet 2007. Elle n'a en outre émis à nouveau cette prétention que dans son courrier du le 1^{er} décembre 2010. Au vu de ces éléments, il y a lieu de retenir, avec le premier juge, que l'appelante a renoncé par actes concluants au versement de dite pension jusqu'au mois de décembre 2010, renonciation à des prestations échues qui ne nécessitait pas une ratification judiciaire au vu de la doctrine et de la jurisprudence susmentionnée.

Pour la période courant dès le 1^{er} décembre 2010, il y a lieu de relever que l'appelante a déposé une demande de divorce unilatérale et que les parties ont chacune un nouveau compagnon. Il apparaît ainsi qu'une reprise de la vie commune n'est plus envisagée par les parties et il convient dès lors de se référer aux critères applicables à l'entretien après divorce, en particulier d'examiner la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (ATF 128 III 65 c. 4a, JT 2002 I 459). A cet égard, le couple n'a pas eu d'enfant et l'appelante a continué d'exercer une activité lucrative durant le mariage, de sorte qu'il y a lieu d'admettre qu'elle est en mesure d'assurer son entretien convenable, ce qui justifie l'application du principe du clean break posé par l'art. 125 CC.

L'appel doit en conséquence être rejeté.

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

Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5), doivent être mis à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

Par ces motifs,
le juge délégué 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 600 fr. (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelante A.V._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 26 avril 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 Kathrin Gruber (pour A.V. _____),
- Me Bertrand Gygax (pour B.V. _____).

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 :

- Mme le Président du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :