

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A\_720/2011

Arrêt du 8 mars 2012  
Ile Cour de droit civil

Composition  
Mme et MM. les Juges Hohl, Présidente,  
von Werdt et Herrmann.  
Greffière: Mme Achdari.

Participants à la procédure  
dame A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Olivier Couchepin,  
avocat,  
recourante,

contre

A. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Jean Lob, avocat,  
intimé.

Objet  
mesures provisoires (modification de la contribution d'entretien),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton  
de Vaud, Juge délégué de la Cour d'appel civile,  
du 10 août 2011.

Faits:

A.

A.a Dame A. \_\_\_\_\_, née en 1942, et A. \_\_\_\_\_, né en 1937, se sont mariés le 30 mars 1973. Trois enfants, aujourd'hui majeurs, sont issus de cette union. Les époux se sont séparés à la fin de l'année 2008.

A.b A. \_\_\_\_\_ perçoit des rentes vieillesse (AVS, LPP, pension versée par l'Etat belge) d'un montant total de 5'859 fr. par mois. Dame A. \_\_\_\_\_ perçoit une rente AVS de 2'079 fr. par mois et réalise en outre un revenu de 271 fr. par mois en qualité de naturopathe indépendante. Le 1er septembre 2004, elle a perçu de l'assurance Y. \_\_\_\_\_ sa prestation de sortie LPP en capital, d'un montant de 451'651 fr. Sur ce montant, elle a payé un impôt de 39'836 fr. 30 et a prêté la somme de 100'000 fr. à chacun de ses trois enfants, alors déjà majeurs. Le solde est de 90'000 fr. environ.

B.

Par convention du 4 septembre 2008, ratifiée pour valoir mesures protectrices de l'union conjugale, A. \_\_\_\_\_ s'est engagé à verser une contribution d'entretien de 1'700 fr. par mois en faveur de son épouse. Cette contribution a été ramenée à 1'200 fr. par mois le 10 mars 2009, à nouveau par convention ratifiée pour valoir mesures protectrices de l'union conjugale.

C.

C.a Le 15 novembre 2010, A. \_\_\_\_\_ a ouvert une action en divorce. En outre, par requête de mesures provisionnelles du 31 janvier 2011, il a requis la modification des mesures protectrices de l'union conjugale précitées, en ce sens qu'il ne soit plus tenu de contribuer à l'entretien de son épouse dès le 1er février 2011 et à ce qu'ordre soit donné à la Caisse de pension de l'Etat de Vaud de ne plus rien prélever sur sa pension de retraite et de lui verser intégralement ladite pension. Par prononcé du 17 juin 2011, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale.

C.b Statuant le 10 août 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a admis l'appel formé par A.\_\_\_\_\_. Il a modifié l'ordonnance attaquée, en ce sens que la contribution d'entretien de 1'200 fr. due à l'épouse est supprimée dès le 1er février 2011 et que l'ordre donné à la Caisse de l'Etat du canton de Vaud de prélever cette somme sur la pension de retraite servie à A.\_\_\_\_\_ et de la verser à dame A.\_\_\_\_\_ est révoqué.

D.

Par acte du 12 octobre 2011, dame A.\_\_\_\_\_ interjette un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire contre cet arrêt. Dans l'un comme dans l'autre, elle conclut à sa réforme, en ce sens qu'il soit annulé et que la requête de mesures provisionnelles du 31 janvier 2011 soit rejetée, la cause étant pour le reste renvoyée au juge délégué pour nouvelle décision sur les frais et dépens de l'instance cantonale.

Des observations sur le fond de la cause n'ont pas été requises.

E.

Par ordonnance présidentielle du 1er novembre 2011, les requêtes d'effet suspensif et de mesures provisoires ont été rejetées.

Considérant en droit:

1.

Le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 134 III 426 consid. 2.2), rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF), par une autorité supérieure de dernière instance cantonale statuant sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Comme le litige porte uniquement sur la contribution d'entretien, la cause est de nature pécuniaire (ATF 133 III 393 consid. 2) et sa valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4, art. 74 al. 1 let. b LTF). Ainsi, la voie du recours en matière civile est ouverte, de sorte que le recours constitutionnel subsidiaire est d'emblée irrecevable (art. 113 LTF).

Par ailleurs, le recours a été interjeté dans le délai (art. 46 al. 2 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, par une partie ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente et ayant un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 LTF). Le recours en matière civile est donc en principe recevable.

2.

2.1 La décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 133 III 393 consid. 5.1; 585 consid. 3.3), de sorte que la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de ses droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités). Il n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 133 III 589 consid. 2). Le Tribunal fédéral ne peut procéder à une substitution de motifs que pour autant que la nouvelle motivation n'ait pas expressément été réfutée par l'autorité cantonale et qu'elle résiste, à son tour, au grief de violation des droits constitutionnels (ATF 128 III 4 consid. 4c/aa; arrêts 5A\_255/2011 du 13 septembre 2011 consid. 3; 5A\_652/2009 du 18 janvier 2010 consid. 1.4).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'art. 98 LTF, une rectification ou un complément des constatations de fait n'entre en considération que si l'autorité précédente a violé des droits constitutionnels, les art. 95, 97 et 105 al. 2 LTF ne s'appliquant pas directement (ATF 133 III 393 consid. 7.1; 133 III 585 consid. 4.1). Toutefois, l'application de l'art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat: le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires et ont une influence sur le résultat de la décision (arrêts 5A\_567/2011 du 10 février 2012 consid. 2.2; 5A\_909/2010 du 4 avril 2011 consid. 2.2).

Lorsque le recourant entend faire compléter les faits - pertinents et qui n'auraient pas été constatés en violation du droit -, il doit les désigner avec précision en se référant aux pièces du dossier; le complètement suppose en effet que les allégations de fait correspondantes aient été introduites régulièrement et en temps utile dans la procédure cantonale, qu'elles aient été considérées à tort comme dépourvues de pertinence ou aient été simplement ignorées; si ces exigences ne sont pas respectées, les faits invoqués sont réputés nouveaux, partant irrecevables (arrêts 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 1.3; 5A\_338/2010 du 4 octobre 2010 consid. 3 publié in SJ 2011 I 185).

2.3 En vertu des principes de la bonne foi et de l'épuisement des griefs (art. 114 en relation avec l'art. 75 al. LTF), l'invocation de nouveaux moyens de droit est irrecevable à l'appui d'un recours

fondé sur l'art. 98 LTF, sauf dans les cas où seule la motivation de la décision attaquée donne l'occasion de les soulever (ATF 133 III 638 consid. 2; arrêts 5A\_261/2009 du 1er septembre 2009 consid. 1.3, non publié aux ATF 135 III 608; 5A\_577/2010 du 18 octobre 2010 consid. 1.2, publié in SJ 2011 I 101; 5A\_871/2009 du 2 juin 2010 consid. 2).

### 3.

3.1 Le juge de première instance a qualifié le contrat entre la recourante et Y. \_\_\_\_\_, qui a versé à cette dernière sa prestation de sortie LPP, d'assurance mixte, soit une assurance-vie collective. Il a retenu que le consentement de l'époux n'était pas requis lors du paiement de la prestation de sortie. Il a ensuite estimé qu'il n'y avait pas de changement notable dans la situation financière des parties depuis la dernière convention du 10 mars 2009. Néanmoins, il a retenu à titre de fait nouveau au sens de l'art. 179 CC la séparation définitive des époux, tout espoir de réconciliation étant vain. Au vu de cette situation, il se justifiait selon lui d'appliquer les critères de l'entretien après divorce, prévus à l'art. 125 CC, pour fixer la contribution d'entretien. En l'espèce, il a jugé que le mariage avait eu un impact décisif sur le mode de vie de l'épouse et qu'on ne pouvait pas exiger de celle-ci, au vu de son âge, qu'elle augmentât son taux d'activité ou même en conservât une. Quant au capital de prévoyance, ce magistrat n'en a pas tenu compte pour fixer la contribution d'entretien. Il a estimé que cette fortune devrait être examinée lors de la liquidation du régime, en particulier dans l'application de l'art. 124 CC. Partant, il a confirmé le versement d'une contribution d'entretien de 1'200 fr. en faveur de la recourante.

3.2 Pour sa part, l'autorité cantonale a, comme le magistrat précédent, appliqué les critères de l'entretien après divorce de l'art. 125 CC. En revanche, contrairement à ce dernier, elle a jugé que, pour fixer la contribution d'entretien, le capital de prévoyance touché par la recourante devait être pris en compte dans les ressources de celle-ci, de la même manière que la pension LPP perçue par l'intimé était prise en compte dans les siennes. A défaut, on créerait une grave inégalité de traitement entre les époux, en fonction de la forme sous laquelle les prestations de vieillesse du 2ème pilier étaient perçues. L'autorité cantonale a ensuite retenu que le capital de 451'651 fr. perçu à l'époque correspondait, selon un taux de conversion de 6.8%, à une rente mensuelle de 2'560 fr. Au total, les revenus mensuels de la recourante se montaient ainsi à 4'910 fr. (2'560 fr. + rente AVS de 2'079 fr. + revenu d'indépendant de 271 fr.). Au vu des charges respectives des époux, la recourante disposait d'un disponible supérieur à celui de l'intimé, de sorte que toute contribution en sa faveur devait être supprimée.

3.3 Se plaignant d'arbitraire dans l'application du droit fédéral et dans l'établissement des faits, la recourante formule trois critiques à l'encontre de cette motivation: premièrement, l'autorité cantonale aurait violé l'art. 179 CC, en tant qu'elle aurait modifié les mesures provisoires en l'absence de fait nouveau (cf. infra consid. 4); deuxièmement, elle aurait violé l'art. 261 CPC, en tant qu'elle n'a analysé ni l'urgence ni le risque de dommage avant de statuer (cf. infra consid. 5); troisièmement, elle aurait considéré à tort qu'on pouvait lui imputer un revenu hypothétique, les conditions de cette règle n'étant pas réunies (cf. infra consid. 6).

### 4.

Dans un premier grief, la recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir violé l'art. 179 CC. Elle prétend que c'est avec l'accord de l'intimé qu'elle a effectué le prélèvement de son capital le 1er septembre 2004, avant la séparation des parties. Ce prélèvement était donc connu de son époux au moment du prononcé des mesures protectrices, de sorte qu'il n'y avait aucun fait nouveau justifiant de modifier ces mesures.

4.1 Avant d'examiner les conditions de l'art. 179 CC, il s'impose de rappeler le fondement de l'obligation d'entretien entre époux lors du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la procédure en divorce.

4.1.1 Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux (ATF 137 III 385 consid. 3.1; 130 III 537 consid. 3.2). Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit partir de la convention conclue pour la vie commune. Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de cette communauté, le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative. Ainsi, le juge doit examiner si, et dans quelle mesure, au vu de ces faits nouveaux, on peut attendre de l'époux désormais déchargé de son obligation de tenir le ménage antérieur, en raison de la suspension de la vie commune, qu'il investisse d'une autre manière sa force de travail ainsi libérée et reprenne ou étende son activité

lucrative, eu égard notamment à sa formation, à son âge et à son état de santé. Le juge peut donc devoir modifier la convention conclue pour la vie commune pour l'adapter à ces faits nouveaux. En revanche, le juge des mesures provisionnelles ne doit pas procéder à un "mini-procès" en divorce: il ne doit pas trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (ATF 137 III 385 consid. 3.1, précisant l'ATF 128 III 65; arrêts 5A\_502/2010 consid. 3.2.1, publié in FamPra.ch 2011 993; 5A\_236/2011 du 18 octobre 2011 consid. 4.2.3; 5A\_122/2011 du 6 juin 2011 consid. 4).

Si la situation financière des époux le permet encore, le standard de vie antérieur, choisi d'un commun accord, doit être maintenu pour les deux parties. Quand il n'est pas possible de le conserver, les époux ont droit à un train de vie semblable (ATF 119 II 314 consid. 4b/aa; 5A\_710/2009 du 22 février 2010 consid. 4.1, non publié aux ATF 136 III 257). Dans certaines circonstances, on peut attendre d'un époux de mettre à contribution la substance de sa fortune pour assurer le train de vie antérieur (arrêts 5A\_771/2010 du 24 juin 2011 consid. 3.2; 5A\_706/2007 du 14 mars 2008 consid. 4.4, publié in FamPra.ch 2008 663; 5P.343/2005 du 16 mars 2006 consid. 3.3.4, publié in FamPra.ch 2006 939; 5P.173/2002 du 29 mai 2002 consid. 4 et 5, publié in FamPra.ch 2002 806 et in Pra.2002 (168) 911).

4.1.2 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 1ère 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 (arrêt 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 consid. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 993; 5A\_183/2010 du 19 avril 2010 consid. 3.3.1; 5A\_667/2007 du 7 octobre 2008 consid. 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 consid. 2; arrêts 5P.473/2006 du 19 décembre 2006 consid. 3; 5A\_730/2008 du 22 décembre 2008 consid. 3.1 et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, dans sa réponse à l'appel, la recourante ne s'est pas plainte de l'absence de fait nouveau au sens de l'art. 179 CC. Dans cette écriture, alors même que le magistrat précédent avait procédé à un nouvel examen de la contribution d'entretien, ce qui supposait que les conditions de l'art. 179 CC soient remplies, elle n'a pas formulé de critiques motivées, mais s'est bornée à affirmer que, "comme le relève très justement l'ordonnance attaquée, les circonstances n'ont pas changé depuis la ratification de la convention sur mesures protectrices du 10 mars 2009" (cf. réponse du 28 juillet 2011, n°8 p. 2). Partant, la recourante ne peut pas reprocher à l'autorité cantonale de n'avoir pas tranché cette critique, qui ne lui a pas été soumise de manière compréhensible. Le moyen de droit doit donc être considéré comme nouveau et, de ce fait, irrecevable (cf. supra consid. 2.3).

5.

La recourante se plaint ensuite de l'application arbitraire de l'art. 261 CPC. Elle reproche à l'autorité cantonale de n'avoir pas examiné si les conditions d'urgence et de risque irréparable de dommage contenues dans cette disposition étaient remplies. Dans la mesure où la recourante n'a pas non plus soulevé ce moyen de droit devant l'autorité précédente, il doit être déclaré nouveau et, de ce fait, irrecevable (cf. supra consid. 2.3).

6.

Dans un dernier grief, la recourante soutient que la décision attaquée viole les règles régissant l'imputation du revenu hypothétique, de sorte qu'elle est arbitraire.

6.1 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Il peut toutefois imputer à celles-ci un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et que l'on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 137 III 118 consid. 2.3 et les réf. citées; arrêt 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1, non publié aux ATF 137 III 604, mais

in FamPra.ch 2012 228). C'est pourquoi, on lui accorde aussi un certain délai pour s'organiser à ces fins (ATF 129 III 417 consid. 2.2; 114 II 13 consid. 5).

Néanmoins, la jurisprudence retient qu'il n'est pas arbitraire de s'écarter de ces principes si une personne renonce volontairement à une partie de ses ressources. Ainsi, elle retient que, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêt 5A\_317/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6.2, non publié aux ATF 137 III 614; 5A\_612/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1; cf. aussi, arrêt 5A\_341/2011 du 20 septembre 2011 consid. 2.5.1). De même lorsque, le crédientier renonce volontairement à une activité lucrative, alors qu'il travaillait déjà avant la séparation, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la renonciation (arrêt 5A\_848/2010 du 4 avril 2011 consid. 2 (spéc. 2.5), publié in FamPra.ch 2011 717).

6.2 En l'espèce, la recourante a utilisé sa prestation de sortie pour accorder des prêts en faveur de ses enfants majeurs. Elle a donc volontairement renoncé à une partie de sa fortune constituée à des fins de prévoyance, alors qu'elle savait ou devait savoir, qu'elle devrait s'en servir pour subvenir à ses besoins après son entrée à la retraite. Au vu de ces circonstances, l'autorité cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en prenant en considération cette fortune pour fixer le droit à l'entretien de la recourante, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution. La diminution de la fortune étant volontaire, l'autorité cantonale n'a pas non plus violé l'art. 9 Cst. en ne se demandant pas si la recourante a la possibilité effective de reconstituer son avoir et en ne fixant pas à cette dernière un délai pour s'organiser.

Pour le reste, en tant que la recourante invoque qu'elle a opté irrévocablement pour le versement en capital au lieu de la rente avec l'accord de l'intimé, ce fait ne ressort pas de l'arrêt cantonal, sans que la recourante ne prétende que la cour aurait, de manière arbitraire, omis d'établir des faits pertinents à cet égard, faits qu'elle aurait pourtant allégués et offerts de prouver; cet élément doit ainsi être considéré comme nouveau et donc irrecevable (cf. supra consid. 2.2 in fine). Au demeurant, en convertissant le capital perçu en rente mensuelle, l'autorité cantonale n'a pas entendu reprocher à la recourante son choix de percevoir sa prévoyance vieillesse en capital; elle a seulement déterminé le montant mensuel à hauteur duquel on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle entame la substance de sa fortune accumulée à des fins de prévoyance. En tant que la recourante prétend que le versement en capital ne constitue pas un fait nouveau au sens de l'art. 179 CC, ce grief a déjà été déclaré irrecevable (cf. supra consid. 4.2). Enfin, en tant qu'elle se contente de soutenir que "le taux de conversion appliqué par le juge délégué est totalement erroné au regard du marché actuel", elle présente une argumentation purement appellatoire. Ce faisant, elle n'explique pas en quoi il est arbitraire de considérer qu'elle peut puiser dans la substance de sa fortune à raison de 2'560 fr. par mois pour subvenir à ses besoins.

Au vu de ce qui précède, pour autant que recevable, le grief d'arbitraire doit être rejeté, par substitution de motifs (cf. supra consid. 2.1 in fine).

7.

En conclusion, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable et le recours en matière civile est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de son auteur (art. 66 al. 1 LTF). L'intimé, qui s'est prononcé pour le rejet de la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles, a droit à des dépens à ce titre, d'un montant de 500 fr., à charge de la recourante (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.

Le recours en matière civile est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

4.

Une indemnité de 500 fr., à verser à l'intimé à titre de dépens, est mise à la charge de la recourante.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Juge délégué de la Cour d'appel civile.

Lausanne, le 8 mars 2012  
Au nom de la IIe Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Hohl

La Greffière: Ahtari