

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 février 2011

Présidence de M. G I R O U D, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

* * * * *

Art. 137 al. 2, 176 al. 1 ch. 1 CC; 308 al.1 let. b CPC

Le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper de l'appel interjeté par **C.**_____, à Tolochenaz, demandeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 janvier 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **X.**_____, à Morges, défenderesse.

Délibérant à huis clos, le juge délégué voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 5 janvier 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte a attribué la garde sur l'enfant L._____, [...], à son père C._____ (I), dit que la mère X._____ bénéficiera sur sa fille L._____ d'un droit de visite à exercer un week-end sur deux ainsi qu'un soir par semaine et la moitié des vacances scolaires et jours fériés (II), dit que C._____ contribuera à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension mensuelle de 3'800 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de X._____, dès et y compris le 1^{er} novembre 2010 (III), fixé les frais de la procédure provisionnelle (IV), dit que les dépens de la procédure provisionnelle suivront le sort de la cause au fond (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

Cette ordonnance expose en substance les faits suivants :

1. C._____ et X._____ se sont mariés le 10 octobre 1997 à Morges VD. Ils ont adopté le 14 avril 2003 une enfant, L._____, née le [...].

La séparation des parties a été régie par une convention de mesures protectrices de l'union conjugale signée par les parties à l'audience du 6 décembre 2006, puis par un prononcé du 14 décembre 2007, modifié partiellement par jugement sur appel du 6 mars 2008.

Le 6 juin 2008, les parties ont signé une convention qui prévoyait que, dès le 15 juin 2008, la garde sur l'enfant L._____ était attribuée de manière alternée à chacun de ses parents, à raison d'une semaine sur deux, du dimanche à vingt heures au dimanche à vingt heures, les parents assumant en alternance les trajets de l'enfant. Par ailleurs, C._____ s'est engagé à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 4'400 fr., allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois

en mains de X._____ dès et 1^{er} juillet 2008, étant précisé que celle-ci continuait à payer l'intégralité des charges fixes relatives à l'enfant, y compris l'écolage.

2. Par demande unilatérale du 22 juillet 2009, C._____ a notamment conclu au divorce.

A l'audience de mesures provisionnelles du 18 août 2009, les parties ont signé une convention, ratifiée sur le siège pour valoir ordonnance, qui prévoyait en particulier que le principe de la garde alternée était maintenu et que C._____Veya contribuerait à l'entretien des siens, dès le 1^{er} septembre 2009, par le régulier versement d'une pension de 3'800 fr. par mois, allocations familiales éventuelles et part de bonus (25 %) annuel en sus, étant précisé que la mère continuerait à payer l'intégralité des charges fixes relatives à l'enfant, dont l'écolage. S'agissant du domicile conjugal, les parties sont convenues d'en attribuer la jouissance à X._____, moyennant qu'elle en acquitte toutes les charges.

Par requête de mesures provisionnelles du 5 octobre 2010, C._____ a conclu en substance à ce que la garde de l'enfant lui soit confiée, X._____ contribuant à l'entretien de sa fille par le versement d'une contribution mensuelle de 450 fr. Il a également conclu à ce que la pension due pour l'entretien de son épouse soit fixée à 1'500 fr. par mois du 1^{er} juillet 2010 jusque et y compris le mois de juin 2011. Dans son procédé écrit du 3 novembre 2010, X._____ a conclu principalement au rejet des conclusions du 5 octobre 2010 et, reconventionnellement, avec dépens, au maintien de la garde alternée ainsi qu'au service d'une contribution mensuelle de 3'800 fr., en sus de l'écolage d'L._____, dès le 1^{er} novembre 2010 et jusqu'à ce qu'elle obtienne un emploi ou touche des indemnités de chômage à l'issue de sa formation d'auxiliaire Croix-Rouge entreprise en janvier 2011.

3. Le premier juge a retenu que C._____ réalisait, selon bulletin de salaire du mois de mai 2010, un gain mensuel net de 11'226 fr. 60, non

comprises les allocations familiales de 200 fr., et que ses charges incompressibles de 6'847.15 par mois lui laissent un montant disponible 4'379 fr. 45. Il a relevé que X._____ n'exerçait aucune activité lucrative et ne percevait pas d'indemnité de chômage, et que ses charges fixes inévitables étaient de 3'764 fr. 70 par mois (minimum vital [1'200 fr.], exercice du droit de visite [150 fr.], assurance maladie [379.70], frais liés au logement [1'600 fr.], assistance judiciaire [50 fr.], impôts [385 fr.]).

Après avoir interpellé le psychothérapeute de l'enfant et procédé à l'audition de celle-ci, le premier juge a confié la garde dL._____ à son père, la mère bénéficiant d'un droit de visite usuel. Il a considéré en bref que l'absence de perspective de réconciliation entre les conjoints, séparés depuis plus de quatre ans, ne pouvait actuellement justifier à elle seule la suppression de la contribution d'entretien de l'épouse. Tout en incitant l'intimée à trouver au plus vite son indépendance financière, il a admis le principe d'une contribution d'entretien en faveur de l'épouse dont le montant devait couvrir ses charges mensuelles incompressibles de 3'800 fr. Dite contribution pourrait être revue, cas échéant, lorsque la bénéficiaire trouverait un emploi ou réexaminée si celle-ci devait faire preuve de mauvaise volonté.

B. C._____ a formé appel contre cette décision par acte du 17 janvier 2011 en concluant à la réforme en ce sens que, l'attribution de la garde de l'enfant L._____ et la fixation d'un droit de visite étant maintenus, X._____ contribuera aux frais d'entretien de sa fille par le versement d'une contribution mensuelle de 450 fr. à compter du 1^{er} juillet 2010 et que la jouissance du domicile conjugal est laissée à X._____, à charge pour elle d'en assumer le loyer hypothécaire et les charges courantes.

En droit :

1. L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272], 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, JT 2010 III 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).

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 fr., le présent appel est recevable.

2. 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., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

En l'espèce, l'état de fait est conforme aux pièces du dossier et aux preuves administrées. Il convient toutefois de le compléter comme suit :

- Il ressort du certificat de famille au dossier (pièce 1 du bordereau du demandeur du 22 juillet 2009) que le recourant est né le 4 août 1964 et que l'intimée est née le 20 mars 1964.

- Le 6 décembre 2006, le Président du tribunal d'arrondissement de la Côte a ratifié, pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, une convention selon laquelle les époux s'autorisaient à vivre séparés et s'accordaient à confier la garde de l'enfant à sa mère, le père bénéficiant d'un libre et large droit de visite, réglementé à défaut d'entente, et contribuant à l'entretien des siens à hauteur de 4'330 fr. par mois, allocations familiales et part de bonus annuel (30 %) en sus (pièce 3 du bordereau de l'appelant du 22 juillet 2009).

- Par décision du 23 mars 2010, la Caisse cantonale de chômage a refusé de donner suite à la demande d'indemnisation présentée par l'intimée le 15 janvier 2010 (pièce 101 du bordereau de l'intimée du 3 novembre 2010).

- Il ressort de l'inscription de X. _____ auprès de l'Office régional de placement de Morges (ci-après: ORP), du 22 mars 2010 (pièce 102 du bordereau de l'intimée du 3 novembre 2010) que celle-ci maîtrise, oralement et par écrit, le vietnamien (sa langue maternelle), le français et l'anglais.

- Dans sa requête de mesures provisionnelles du 22 juillet 2009 (allégué 19), l'appelant a déclaré qu'après une formation Excel, Outlook et Word (6 mois), son épouse pouvait sans autre trouver un emploi de secrétaire.

- Des déterminations de l'intimée dans la procédure de mesures provisionnelles du 3 novembre 2010 (allégué 27), il ressort que, sur proposition de son conseiller ORP, celle-ci s'est inscrite à un cours d'auxiliaire Croix-Rouge, payé par l'assurance chômage, qui devrait durer six mois à compter du 15 janvier 2011.

3. a) L'appelant prétend qu'un revenu hypothétique doit être imputé à son épouse, qui n'aurait pas droit à une contribution d'entretien pour elle-même mais devrait en verser une pour l'entretien de sa fille.

Conformément à l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), applicable par analogie aux mesures provisoires (art. 137 al. 2 CC, lequel, bien qu'abrogé au 31 décembre 2010, continue à s'appliquer aux procédures de divorce soumises à l'ancien droit [Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, JT 2010 III 14]), le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant des aliments se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Tant que dure le mariage, chacun des conjoints a le droit de participer de la même manière au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa p. 318). La fixation de la contribution d'entretien ne doit pas anticiper sur la liquidation du régime matrimonial. En cas de situation financière favorable, il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien des conditions de vie antérieures, qui constituent la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b p. 100 et les arrêts cités; arrêts 5A_205/2010 c. 4.2.3, publié in: FamPra.ch 2010 p. 894; 5A_515/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.1; 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2; 5P_138/2001 du 10 juillet 2001 c. 2a/bb, publié in:FamPra.ch 2002 p. 333). C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 p. 425; arrêt 5A_732/2007 précité c. 2.2).

Lorsqu'une reprise de la vie commune n'est plus guère envisageable après le dépôt d'une demande de divorce, l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires de l'art. 137 al. 2 CC; les principes jurisprudentiels sur l'entretien après le divorce peuvent y être pris en compte, par analogie, dans une proportion plus étendue que dans le cadre des mesures de

protection de l'union conjugale (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 542; arrêt 5P_189/2002 du 17 juillet 2002, c. 2, publié in: FamPra.ch 2002 p. 836). Un conjoint peut ainsi se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 p. 5 ss; 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 p. 541; Gloor, in Basler Kommentar, 3^{ème} éd., n. 10 ad art. 137 CC). Dans chaque cas concret, il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle prenne une activité lucrative, ou augmente celle qu'elle exerce déjà, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, cas échéant, du temps plus ou moins long durant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle (ATF 114 II 13 c. 5 p. 17, 301 c. 3a p. 302).

En l'espèce, il n'est pas établi que l'intimée disposerait d'une formation professionnelle. Si son inscription auprès de l'ORP indique qu'elle maîtrise, outre le français, l'anglais et le vietnamien, l'appelant a lui-même reconnu que ce serait moyennant une formation "Excel, Outlook et Word" qu'elle pourrait trouver un emploi de secrétaire, admettant ainsi implicitement qu'une telle formation n'avait pas été obtenue. Rien n'indique au surplus que l'intimée, âgée de 46 ans, serait assurée de trouver un emploi de secrétaire après avoir acquis un rudiment en suivant dans ce domaine des cours durant une période de six mois comme l'allègue l'appelant. Si elle a annoncé que, sur proposition de l'ORP, elle allait suivre un cours d'auxiliaire Croix-Rouge, celui-ci devait durer six mois à compter du 15 janvier 2011. En l'état, on ne peut donc pas tabler sur la faculté pour elle de réaliser un revenu dans le domaine de la santé. De ce

que l'ORP a engagé l'intimée à effectuer le cours précité, dont il est notoire qu'il est élémentaire, on peut déduire qu'elle n'a guère de chances de trouver directement un emploi dans un autre domaine. S'il devait être établi que, comme l'allègue l'appelant, l'intimée ne s'est pas astreinte à débiter ce cours, il faudrait en déduire qu'au sens de la jurisprudence susmentionnée, elle ne fait pas ce qu'on peut attendre d'elle pour assumer l'entretien de la famille et lui imputer alors un revenu hypothétique; celui-ci ne pourrait toutefois pas être retenu avant l'issue de la formation nécessaire pour l'obtenir, prévue à la fin du mois de juin prochain. Auparavant, l'appelant demeure tenu de contribuer à l'entretien de son épouse, qui n'est pas en mesure de verser une pension pour sa fille. L'appelant n'établit au surplus pas que, dès la séparation, il aurait été enjoint à l'intimée de prendre un emploi et que par conséquent elle serait aujourd'hui déjà dans une situation où un revenu hypothétique devrait lui être imputé. On sait seulement qu'à la séparation, au mois de décembre 2006, l'intimée s'est vu attribuer la garde de sa fille âgée de onze ans, régime qui a perduré jusqu'en juin 2008 lorsque les parties sont convenues que la garde serait désormais attribuée de manière alternée à chacun des parents, l'appelant admettant conventionnellement de contribuer à l'entretien de son épouse. Ce régime a duré jusqu'à ce que l'appelant requière des mesures provisionnelles en octobre 2010.

b) L'appelant fait encore valoir que, la garde de sa fille lui ayant été attribuée, l'intimée se trouve déchargée d'autant, ce qui justifierait qu'elle n'ait pas droit à la contribution d'entretien fixée par le premier juge. En réalité, celui-ci n'a pris en considération dans le minimum vital de l'intimée qu'un montant de 150 fr. au titre de frais pour l'exercice du droit de visite, tenant ainsi compte du transfert de la garde. Ce moyen doit donc être rejeté.

4. L'appelant a pris une conclusion tendant à ce que la jouissance du domicile conjugal soit attribuée à l'intimée, qui devrait en assumer les charges.

Avec le premier juge, il faut considérer qu'un tel aménagement a déjà été adopté par convention de mesures provisionnelles du 18 août 2009 et qu'il n'a pas été contesté par l'intimée, de sorte qu'il perdure sans qu'il soit nécessaire de statuer en mesures provisionnelles à ce sujet.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance confirmée.

6. L'appelant, qui succombe, supporte les frais de la présente procédure (art. 106 al. 1 CPC et 65 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer.

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. 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'appelant C. _____k Veya.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 23 février 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 Olivier Flattet (pour C. _____k Veya)
- Me Anne-Marie Germanier-Jaquinet (pour X. _____).

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 la Côte.

Le greffier :