

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 6 avril 2011

---

Présidence de M. COLELOUGH, juge délégué  
Greffier : Mme Nantermod Bernard

\*\*\*\*\*

**Art. 125 al. 1, 137 al. 2, 176 al. 1 CC; 310, 317 al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **R.\_\_\_\_\_R.\_\_\_\_\_**, à Pully, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 3 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **Z.\_\_\_\_\_**, à Montreux, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 3 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a astreint le requérant R.\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains d'Z.\_\_\_\_\_, d'un montant de 3'500 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1<sup>er</sup> septembre 2010 (I), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III).

Le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas lieu de modifier la contribution que R.\_\_\_\_\_ verse à son épouse. Pour déterminer si la situation des époux s'est modifiée de manière importante et durable depuis la signature de la convention du 13 mai 2009, il est parti de la situation de fait la plus proche de cette date, soit celle décrite dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009. Il a admis que cette situation s'était modifiée pour les deux époux. Le nouvel examen auquel il s'est livré l'a toutefois amené à la conclusion qu'une contribution mensuelle d'entretien en faveur de l'épouse pouvait être arrêtée à 3'500 francs dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010.

**B.** Par acte du 14 février 2011, R.\_\_\_\_\_ a fait appel de cette ordonnance, qui lui a été notifiée au plus tôt le 4 février 2011, concluant à la modification du chiffre I de son dispositif en ce sens qu'il est dispensé dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010 du versement d'une pension en faveur Z.\_\_\_\_\_.

**C.** La juge délégué de la Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. L'appelant R. \_\_\_\_\_, né le [...], et l'intimée Z. \_\_\_\_\_ le [...], se sont mariés le [...]. Deux enfants, à ce jour majeurs, sont issus de leur union : [...], né le [...], et [...], né le [...].

Les époux connaissent des difficultés conjugales qui ont conduit à leur séparation, en 2008. R. \_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce, par demande unilatérale du 9 mai 2008. Les parties ont signé, le 11 septembre 2008, une convention ratifiée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles prévoyant, notamment, le service en faveur d'Z. \_\_\_\_\_ d'une pension de 4'000 fr. par mois.

Le 29 décembre 2008, R. \_\_\_\_\_ s'est désisté de cette instance.

2. Le 6 mars 2009, statuant par voie de mesures protectrices de l'union conjugale sur requête d'Z. \_\_\_\_\_, le président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment autorisé les époux à vivre séparés pour une durée indéterminée et astreint R. \_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 4'000 fr., payable d'avance le premier de chaque mois à compter de fin février 2009 pour mars 2009. Ce prononcé retient en substance que R. \_\_\_\_\_ a retiré en 2008 de la société [...] un salaire mensuel net de 3'089 fr., qu'il reçoit de sa mère 2'083 fr. par mois environ et qu'il a hérité de son père un montant net de 4'336'600 fr. en concours avec sa sœur et sa mère, cette dernière bénéficiant d'un droit d'usufruit sur les treize seizième de la succession maintenue en hoirie. Il retient que R. \_\_\_\_\_ vit en ménage commun dans un appartement dont il est copropriétaire, que ses charges incompressibles sont de 1'350 fr. par mois (montant de base pour deux adultes vivant en couple [775 fr.], assurance-maladie [420 fr.], réserves pour dépenses imprévues [20% du montant de base, soit 155 fr.]) et que ses deux fils majeurs sont à sa charge, en particulier s'agissant du paiement des primes d'assurance maladie (653 fr. 60) et de l'écolage de l'un des enfants (1'500 fr.).

Ce même prononcé relève qu'Z.\_\_\_\_\_ n'a plus de revenus depuis le 1<sup>er</sup> avril 2008, date à laquelle elle a remis la boutique qu'elle exploitait à Pully, qu'elle n'a pas de formation et qu'elle rencontre des problèmes de santé qui ont conduit à une incapacité de travail durant la majeure partie de l'année 2008. Il mentionne que celle-ci a une fortune de 38'622.70, valeur au 18 octobre 2008, provenant de la vente de son commerce, et que ses charges incompressibles sont de 3'721 fr. 85 (montant de base pour personne seule [1'100 fr.], loyer [1'700 fr.], assurance-maladie [420 fr.], frais médicaux non-couverts [150 fr.], cotisations AVS mensualisées [31 fr. 85], frais de recherche d'emploi [100 fr.], réserves pour dépenses imprévues [20% du montant de base, soit 220 fr.]).

A l'audience d'appel du 13 mai 2009, les parties ont signé une convention, que le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ratifiée pour valoir arrêt sur appel. Cet accord prévoit que R.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de son épouse, dès le 1<sup>er</sup> mars 2009, par le versement d'une pension de 3'500 fr. par mois.

3. R.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 5 mars 2010.

Par requête de mesures provisionnelles du 7 septembre 2010, R.\_\_\_\_\_ a conclu à ce que le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 mai 2009 soit modifié en ce sens qu'il est dispensé de toute pension en faveur de son épouse dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010. Dans son procédé écrit du 25 octobre 2010, l'intimée a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles déposée le 7 septembre 2010 et, reconventionnellement, au service d'une contribution de 3'500 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010.

4. a) R.\_\_\_\_\_ est titulaire d'une maturité fédérale et d'un diplôme en marketing obtenu en 1994. Il produit divers certificats de travail dont il ressort qu'il a travaillé de septembre 1987 à juin 1989 comme délégué commercial responsable de l'entreprise [...], en Côte

d'Ivoire. De février à octobre 1993, il a été employé en qualité de "conseiller technique" de la société [...]. De novembre 1993 à janvier 1994, il a été responsable des ventes auprès de la société [...] puis, de février 1994 à août 1995, de la société [...]. De juin 1999 à mars 2000, puis de mars 2000 à septembre 2001, il a travaillé dans le département "codage" du centre de tri de colis de la [...]. De mars 2005 à novembre 2005, il a travaillé en qualité de Senior Manager Opérationnel auprès de la société [...]. Ses certificats de travaux font état de connaissances linguistiques et professionnelles excellentes et décrivent un collaborateur de valeur à recommander à tout futur employeur. Depuis le 11 février 1998, l'appelant est associé gérant de la société à responsabilité limitée "[...]", qu'il a créée, principalement active dans le recyclage de produits réfractaires. Il est seul salarié de son entreprise. Selon comparatif des comptes 2008 et 2009, établi par la [...], à Mézières, comportant un bilan et un compte de pertes et profits pour ces deux exercices, le compte d'exploitation fait état d'un chiffre d'affaires net de 62'400 fr. 30 et d'un bénéfice de 14'103 fr. 82. Pour l'année 2009, ce document fait état d'un chiffre d'affaires net de 7'872 fr. 45 et d'une perte de 14'553 fr. 32 ainsi que d'un prélèvement de l'appelant de 10'000 francs. Pour les sept premiers mois de l'année 2010, l'appelant produit des comptes intermédiaires qui totalisent un chiffre d'affaires de 7'316 fr. 50 et une perte de 340 fr. 43; il n'a prélevé aucun revenu de janvier à juillet 2010.

Selon convention de partage notariée Eric Châtelain du 18 mai 2010, l'appelant a hérité de son père [...], décédé le [...], une part successorale de 1'022'702 fr. 96, selon le détail suivant :

"[...]"

Impôt de succession payé pour les enfants du défunt (1/2)	Fr.	
171'550.80		
Avance à M. Bigler	Fr.	70'000.--
[...]		
M. Bigler a droit à sa part successorale	Fr.	1'022.702.96

Il a déjà reçu les liquidités affectées au paiement de l'impôt de succession à sa charge + avance

Fr. 155'775.40

Il reçoit :

P. (parcelle) 2771 Pully

Fr. 448'026.98

des actifs bancaires

Fr. 418'900.58

Fr. 1'022'702.96".

Ce partage est intervenu avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2010 s'agissant des immeubles et avec valeur au 30 mars 2010 s'agissant des autres actifs, en particulier des avoirs bancaires. Enfin, parmi les avantages résultant de la succession, l'appelant a l'usage d'un véhicule.

L'appelant soutient qu'il finance l'entretien de ses enfants au moyen de l'avance sur héritage de 70'000 fr. qui lui a été consentie et qu'il a épuisée.

Se fondant sur une base mensuelle de 850 fr., selon les directives de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse pour deux personnes faisant ménage commun (cf. [www.vd.ch/fr/themes/economies/poursuites-et-faillites/minimum-vital](http://www.vd.ch/fr/themes/economies/poursuites-et-faillites/minimum-vital)) et retenant une prime d'assurance-maladie de 420 fr., le premier juge a arrêté le minimum vital de l'appelant à 1'270 fr. et son revenu hypothétique à 5'753 fr. 70 net par mois, comprenant les revenus de la fortune (5'000 + 753.70), d'où un excédent mensuel de 4'483 fr. 70.

b) Z.\_\_\_\_\_ est titulaire d'un diplôme de beaux-arts et d'un diplôme de langues. Depuis l'année 2009, elle est devenue commerçante indépendante à Pully. Selon contrat de vente du 30 mai 2008, elle a remis la Boutique "5th Avenue" à Shelley Krauer pour la somme de 60'000 francs. Au 27 octobre 2010, les comptes dont elle est titulaire auprès de l'UBS font état d'un solde cumulé de 8'328 fr. 04.

Selon certificat médical établi par la Dresse Nelly Loayza, psychiatre en charge du suivi de l'intimée à la suite des graves dissensions divisant le couple, Z.\_\_\_\_\_ est en proie à un état dépressif impliquant une incapacité de travail à 100% depuis le 27 mai 2008.

Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'intimée vit à Montreux, dans un appartement au loyer mensuel de 1'550 fr., charges comprises. Ses

primes d'assurance maladie sont de 398 fr. 80, ses frais médicaux non couverts de 31 fr. 85 et ses cotisations AVS de 31 fr. 85. Se fondant sur une base mensuelle de 1'200 fr. selon les directives précitées, le premier juge a arrêté le minimum vital de l'intimée à 3'330 fr. 65, qui correspond à son déficit dès lors que celle-ci n'a aucune activité lucrative. Partageant à raison de 50 % pour chacune des parties le solde disponible de l'appelant de 4'483 fr. 70, il a estimé que la pension devrait s'élever à 3'907 fr. par mois. Ne pouvant toutefois statuer ultra petita, il a fixé la pension due dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010 à 3'500 fr. par mois comme le demandait l'intimée.

c) Le fils aîné du couple, [...], effectue des études en Australie. Le cadet, [...], a été engagé par la Ville de Pully, du 1<sup>er</sup> mars au 24 décembre 2010, en qualité de candidat à la maturité professionnelle commerciale (MPC), pour un salaire mensuel brut de 2'000 fr., 13<sup>ème</sup> salaire en sus.

### **En droit :**

**1.**           **1.1** L'appel est recevable contre les ordonnances 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). 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 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 fr. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

**1.2** 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, *ibid.* p. 136).

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.*, JT 2010 III 136-137). 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 (Tappy, *ibid.* pp. 136-137).

**1.3** 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 preuve 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*, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber,

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait 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 et 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 Tapy, op. cit. JT 2010 III 15; Hohl, Procédure civile Tome II, 2<sup>ème</sup> éd., n. 2410 p. 437).

**2.** En l'espèce, l'appelant soutient non seulement que les circonstances de fait ont changé de manière importante depuis la convention signée par les époux le 13 mai 2009, mais que l'examen de ces modifications aurait dû conduire le premier juge à le dispenser purement et simplement de toute contribution en faveur de l'intimée depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2010. Il conteste notamment que l'on puisse retenir à son sujet un revenu hypothétique. Il reproche aussi au premier juge d'avoir surestimé les revenus de sa fortune ainsi que d'avoir mal apprécié ses charges d'habitation et enfin de n'avoir tenu aucun compte de la passivité qu'il prête à son épouse s'agissant des démarches pour se procurer des ressources.

**2.1 a)** Le premier juge a considéré que l'appelant a le même statut professionnel qu'en 2009, tel que retenu dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009, et qu'il est le seul employé de la société qu'il gère, principalement active dans le recyclage de produits réfractaires. Procédant à une comparaison des résultats comptables de 2008, d'une part, de 2009 et des sept premiers mois de l'année 2010, d'autre part, il a retenu que les revenus de

R.\_\_\_\_\_ provenant de son activité indépendante ont diminué. Constatant que les chiffres d'affaires de la société de l'appelant sont déficitaires pour 2009 et les deux tiers de l'année 2010, le premier juge a considéré, au vu de l'âge de ce dernier (47 ans), de son bon état de santé, de son diplôme d'employé de commerce, de ses diverses expériences professionnelles passées à divers postes à responsabilité, qu'il y avait lieu, tenant compte des qualifications et des certificats de travail produits, d'admettre que son profil est intéressant dans le marché de l'emploi. Partant de ce constat, le premier juge a estimé raisonnable d'exiger du requérant qu'il reprenne une activité professionnelle salariée et a retenu, comme paraissant ni irréaliste ni arbitraire, un revenu hypothétique de 5'000 fr. net par mois.

L'appelant est d'un avis diamétralement opposé. Il relève qu'il est indépendant depuis 1998, qu'il exerce son activité dans un domaine extrêmement spécialisé, qu'il n'a pour seuls diplômes qu'une maturité fédérale et un diplôme en marketing datant de 1994, donc totalement obsolète selon lui, à quoi s'ajoute le fait qu'il n'a plus pratiqué dans ce domaine depuis au moins quatorze ans. Retenir dans ces circonstances un revenu hypothétique de 5'000 fr. serait donc absolument irréaliste.

**b)** Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien 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 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 précité c. 4a; TF 5C\_40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1

partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A\_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit; en revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb; 126 III 10, JT 2000 I 121 c. 2b; TF 5A\_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2 et références citées).

On a déjà relevé que le premier juge a procédé à ce raisonnement et a abouti à la conclusion qu'il était raisonnable de retenir un revenu hypothétique. Il a tenu compte de tous les critères jurisprudentiels susmentionnés, soit les qualifications professionnelles (diplômes et expériences) de l'appelant, son âge encore jeune (47 ans), son bon état de santé et la situation du marché. Cette démarche, conforme au droit fédéral, ne peut qu'être approuvée. Aux principales objections formulées par l'appelant, relevant de l'obsolescence de sa formation en marketing et de son indépendance professionnelle depuis quatorze ans dans un domaine très spécialisé, on rétorquera que les certificats de travail produits par lui-même à l'appui de sa requête de mesures provisionnelles à l'audience du 27 octobre 2010 démontrent au contraire qu'il a exercé, dans les dix dernières années, divers postes à responsabilité, notamment en 2005 comme Senior manager Opérationnel et que tous ses employeurs ont été élogieux quant à ses qualités professionnelles. C'est donc à bon droit que le premier juge a retenu un revenu hypothétique. S'agissant de la quotité de ce revenu, il l'a estimé à 5'000 fr. net par mois eu égard aux circonstances de l'espèce. A titre purement exemplatif, le Tribunal fédéral a confirmé en arbitraire une décision cantonale qui avait retenu une capacité de gain hypothétique de 4'079 fr. pour un chômeur valide de 56 ans, les premiers juges ayant précisé qu'il s'agissait véritablement d'un minimum, dès lors qu'en 2002, le salaire moyen pour des activités simples et répétitives dans la région lémanique était de 4'612 fr. (TF 5P\_314/2005 du 3 octobre 2005). Dans le cas présent, au vu d'une part des expériences professionnelles de l'appelant et de son revenu retenu dans les précédentes décisions

judiciaires en 2009 et 2010, l'estimation faite par le premier juge paraît exempte de reproche.

Ce premier grief doit donc être rejeté.

**2.2 a)** Le premier juge a retenu qu'il résultait d'une convention de partage du 18 mai 2010 que l'appelant avait hérité de son père une part successorale d'un montant total de 1'022'702 fr. 96. Hormis un bien immobilier d'une valeur selon inventaire successoral de 448'026 fr. 98, l'ordonnance attaquée retient que l'appelant a reçu des actifs bancaires d'un montant total de 418'900 fr. 58, auxquels il convient d'ajouter une avance sur héritage de 70'000 francs. Le premier juge a considéré que ce capital permettrait, par une gestion raisonnable et sûre, par exemple par le truchement d'un emprunt obligatoire sur dix ans de la Confédération (capital de 488'900 fr. 58 à 1,85 % l'an) de rapporter un revenu d'intérêt de 9'044 fr. 66 par an, soit 753 fr. 70 par mois. Il a ajouté cette somme au revenu hypothétique susmentionné.

L'appelant critique également ce raisonnement qu'il juge erroné. Il explique qu'il doit puiser régulièrement dans son héritage pour entretenir ses enfants notamment et que l'avance de 70'000 fr. est depuis longtemps dépensée. De plus, il soutient que les actifs bancaires dont il a hérité sont constitués pour l'essentiel de titres cotés en bourse et que leur valeur résulte d'une estimation à la date du décès de son père il y a de nombreuses années; vu les fluctuations boursières des années passées, il soutient que le capital que l'on peut aujourd'hui prendre en considération n'est pas supérieur à 380'000 fr., ce qui correspond, au taux d'intérêt retenu par le premier juge, à un revenu mensuel de 585 fr. 85.

**b)** Il faut d'abord observer que, contrairement à ce que prétend l'appelant, le premier juge n'a pas retenu que celui-ci ait financé l'entretien de ses enfants majeurs grâce à des avances sur héritage. Il a relevé que le requérant n'apportait aucune pièce justificative à l'appui de cette allégation. Il en va de même dans la présente procédure. Quant à la valeur effective de ses avoirs bancaires, là aussi les allégations de

l'appelant dans son mémoire ne sont en rien établies. L'appelant fait même erreur en prétendant que la valeur retenue pour ces avoirs bancaires daterait de nombreuses années : la convention de partage établie le 18 mai 2010 par le notaire Châtelain, à laquelle l'ordonnance attaquée se réfère, stipule au contraire que les avoirs bancaires sont pris en compte à leur valeur au 30 mars 2010. Pour le surplus, aucune pièce ne documente une quelconque fluctuation boursière de la fortune en question.

Le raisonnement tenu par le premier juge est donc correct et exact.

Ce grief doit en conséquence être rejeté.

**2.3 a)** L'appelant reproche au premier juge de n'avoir pas pris en compte ses frais de logement dans le calcul de ses charges en vue de la détermination du minimum vital, alors qu'il a tenu compte du loyer de l'épouse. Il soutient qu'il a des charges mensuelles de 795 fr., selon décompte de PPE produit le 13 mai 2009 à l'appui de son appel contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009. S'il est propriétaire de son logement, la jouissance de ce dernier n'est pas gratuite et les frais qui en résultent devraient, à son sens, être pris en compte dans son minimum vital.

**b)** Dans l'ordonnance attaquée, le premier juge a relevé, au sujet des charges de l'époux, que ce dernier n'avait allégué aucune autre charge, ni produit d'autres pièces que celles retenues dans le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2009 et qu'aucun élément du dossier ne permettrait de croire que ses charges avaient été modifiées. Il est exact qu'il n'est fait aucune mention à des charges de logement dans le prononcé du 6 mars 2009. Quant à la pièce prétendument produite le 13 mai 2009, elle ne figure pas au présent dossier de divorce, ce qui n'a rien d'anormal s'agissant d'un document qui aurait été produit en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et que l'appelant n'a pas produit à nouveau dans la procédure

au fond. On relèvera cependant que la pension fixée à la charge du requérant en mesures protectrices de l'union conjugale avait initialement été fixée à 4'000 fr. et qu'ensuite de la convention ratifiée pour valoir arrêt sur appel du 13 mai 2009, cette contribution a été réduite à 3'500 francs. Il est donc parfaitement imaginable que les parties aient, dans ces circonstances, déjà tenu compte de cet élément de charges de logement de l'époux pour justifier la réduction de la pension à l'épouse : il ne s'agit toutefois que d'une hypothèse. Enfin, il faut relever que, dans la déclaration d'impôt 2009 de l'appelant, soit la plus récente dont on dispose, aucune charge de logement n'est déclarée. A supposer que l'on doive retenir les charges alléguées de logement de 795 fr., le résultat n'en serait de toute manière pas modifié. L'excédent de l'appelant serait de 3'688 fr. 70 (4'483 fr. 70 - 795 fr.). L'intimée aurait droit à la couverture de son déficit par 3'330 fr. 65 et à la moitié du solde par 179 fr. ([3'688 fr. 70 - 3'330 fr. 65]: 2), correspondant aux 3'500 fr. alloués par le premier juge.

Au vu de ce qui précède, ce grief doit également être rejeté.

**2.4. a)** Enfin, l'appelant reproche au premier juge de n'avoir pris en considération aucune possibilité d'activité lucrative pour son épouse, ni d'avoir tenu compte du fait qu'elle n'entreprenait aucune démarche en vue d'obtenir une éventuelle rente AI au vu de son état de santé. Il invoque une inégalité de traitement entre elle et lui.

**b)** Cette critique est vaine. Le premier juge a pris en considération l'âge de l'intimée, de treize années plus âgée que son mari et qui aura soixante et un ans le 20 octobre 2011; il a aussi tenu compte de son état de santé défaillant, puisqu'elle est, selon le certificat médical de son psychiatre, en dépression et en incapacité de travail totale depuis le 27 mai 2008; il a enfin pris en compte son absence de formation professionnelle. Tous ces critères sont adéquats (SJ 2007 III 82) et on ne saurait, eu égard à ces circonstances, exiger d'elle qu'elle recherche un emploi et retrouve un revenu. Pour le surplus, même constatée médicalement, une incapacité de travail ne donne pas encore droit à une

rente de l'assurance-invalidité. Pour que l'on puisse tenir compte de cette rente sous l'angle d'un revenu hypothétique, il faut que le droit à l'obtenir soit établi ou, à tout le moins, hautement vraisemblable (TF 5A\_51/2007 du 24 octobre 2007 c. 4.3.2). Ces conditions ne sont en l'espèce pas établies. Au reste, le premier juge, qui ne pouvait faire davantage dans ce domaine, n'a pas perdu de vue que l'intimée devait entreprendre toutes démarches utiles auprès de l'AI et l'a exhortée à le faire.

Ce dernier grief doit donc également être écarté.

**3.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. in fine CPC.

**4.** Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 et 65 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

En application de l'art. 104 al. 3 et 4 CPC, le juge délégué peut choisir de répartir les frais ou déléguer cette répartition à la juridiction précédente. Les frais, qui comprennent les dépens selon l'art. 95 al. 1 CPC, doivent être mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appelant succombe et supportera les frais de justice. L'intimée n'ayant pas procédé, il ne sera pas alloué de dépens.

Par ces motifs,

Le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,

prononce :

**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 R.\_\_\_\_\_.

**IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 7 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 Gloria Capt (pour R.\_\_\_\_\_)
- Me Yves Burnand (pour Z.\_\_\_\_\_)

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 d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :