

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

---

---

Arrêt du 3 juin 2014

---

Présidence de        Mme        BENDANI, juge déléguée  
Greffier                :        Mme        Pache

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 CC; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par [...] **A.H.**\_\_\_\_\_,  
à Luins, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17  
février 2014 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est  
vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **M.**\_\_\_\_\_, à Ollon, la  
juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 février 2014, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que, dès le transfert effectif de la garde des enfants à la mère, A.H. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de M. \_\_\_\_\_, d'un montant de 3'550 fr., allocations familiales en sus (I), révoqué la convention de mesures superprovisionnelles du 18 juillet 2013, ratifiée dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 13 août 2013 (II), dit que le sort des frais et dépens suit le sort de la cause au fond (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a considéré que, pour arrêter le revenu de l'intimé, qui exerçait en tant que viticulteur indépendant, il fallait effectuer une moyenne du résultat des années 2011 à 2013. Comme la comptabilité 2013 n'était pas encore établie, il a procédé à une estimation du revenu de l'intimé. Ainsi, des résultats de l'encavage, on pouvait déduire que la perte liée à la grêle représentait 47 % pour le vin blanc et 25% pour le vin rouge. Compte tenu des pourcentages de perte, la vendange 2013 devrait générer un chiffre d'affaires de 128'865 fr. 50 (243'142.50 - 47 %) pour le blanc et de 15'857 fr. 10 (21'142.80 - 25 %) pour le rouge. Dès lors que la production de raisin de table avait été perdue en 2013, la production viticole pouvait être estimée à 144'722 fr. 60 (128'865.50 + 15'857.10). Si l'on y ajoutait le commerce de marchandises et les produits arboricoles en faisant la moyenne 2011/2012 (18'873 fr. 65 + 124'016 fr. 40), on obtenait un revenu brut de 287'612 fr. 60. Le bénéfice d'exploitation était de 32.85 % (moyenne 2011/2012) de cette somme, ce qui donnait un revenu net de 94'480 fr. 76, dont il fallait encore déduire les charges financières, par 21.5 % (résultant d'une moyenne des années 2011 et 2012). En définitive, le revenu 2013 a été arrêté à 74'167 fr. 40. Partant, le revenu annuel net s'élevait en moyenne, pour les années 2011 à 2013, à 100'746 fr. 70 ([125'274.10 + 102'798.63 + 74'167.40] : 3), soit 8'395 fr. par mois. En

tenant compte de charges à hauteur de 2'320 fr., le disponible de l'intimé ascendait à 6'075 fr. par mois. S'agissant de la requérante, ses revenus s'élevaient à 3'200 fr. par mois et ses charges mensuelles pouvaient être arrêtées à 2'974 fr., y compris celles liées aux enfants B.H.\_\_\_\_\_ et C.H.\_\_\_\_\_, de sorte qu'elle disposait d'un disponible de 226 francs. Appliquant la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, le premier juge a attribué 60 % du disponible total des époux à M.\_\_\_\_\_, à qui la garde des enfants du couple avait été confiée. La contribution d'entretien ainsi déterminée se montait à 3'554 fr. 60, arrondie à 3'550 fr. par mois, allocations familiales en plus.

**B. a)** Par acte du 28 février 2014, A.H.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, concluant, sous suite de frais, à sa réforme en ce sens que, principalement, la pension due à M.\_\_\_\_\_ est supprimée et que la pension due à ses enfants est suspendue jusqu'au 31 décembre 2014, subsidiatement que dès le transfert effectif de la garde des enfants à la mère, il contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois, en mains de M.\_\_\_\_\_, d'un montant de 2'000 fr., allocations familiales en sus, et que la pension due à son épouse est suspendue. A l'appui de son appel, il a produit un bordereau de pièces.

**b)** Par réponse du 14 avril 2014, M.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais, au rejet de l'appel. Elle a produit deux pièces et requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire.

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

**1.** A.H.\_\_\_\_\_ et M.\_\_\_\_\_ se sont mariés le 1<sup>er</sup> septembre 1999 à Gilly. Deux enfants sont issus de leur union :

- B.H.\_\_\_\_\_, né le [...] 2002;

- C.H.\_\_\_\_\_, né le [...] 2005.

M.\_\_\_\_\_ a un troisième enfant, D., né d'un autre lit le [...] 2012. Elle vit en concubinage avec le père de cet enfant depuis le mois d'août 2011.

**2.** Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Côte a, en substance, autorisé les époux à vivre séparés pour une durée de deux ans, soit jusqu'au 30 juin 2013 (I), confié la garde des enfants au père (II), prévu un large droit de visite en faveur de la mère, fixé à défaut d'entente (III et IV) et dit que A.H.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension de 3'500 fr., dès et y compris le 1<sup>er</sup> juillet 2011 (IV).

Le 16 février 2012, M.\_\_\_\_\_ a ouvert action par le dépôt d'une demande unilatérale en divorce auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Par requête de mesures provisionnelles du 22 février 2012, A.H.\_\_\_\_\_ a requis d'être dispensé de toute pension en faveur de son épouse dès le 1<sup>er</sup> février 2012 et que cette dernière contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension mensuelle fixée à dire de justice. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 2 juillet 2012, le Président a rejeté les conclusions de A.H.\_\_\_\_\_, la pension restant fixée conformément au prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 août 2011.

A.H.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance.

Lors d'une audience de la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du 4 octobre 2012, les parties sont convenues de fixer la contribution d'entretien due par A.H.\_\_\_\_\_ en faveur de M.\_\_\_\_\_ à 2'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 1<sup>er</sup> mars 2012.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 13 août 2013, le Président a notamment ordonné le transfert de la garde des enfants à leur mère (I), prévu un libre droit de visite en faveur du père, fixé à défaut d'entente (II) et ratifié la convention de mesures superprovisionnelles du 18 juillet 2013, libellée comme suit (III) :

"I. Pour le cas où la garde sur les enfants B.H.\_\_\_\_\_, né le [...] 2002, et C.H.\_\_\_\_\_, né le [...] 2005, serait confiée à leur mère, M.\_\_\_\_\_, parties conviennent à titre superprovisionnel que la pension due par A.H.\_\_\_\_\_ pour l'entretien des siens soit fixée à fr. 2'000.- (deux mille francs) par mois, allocations familiales non comprises, payable d'avance le 1<sup>er</sup> de chaque mois (III)."

**3.** Par requête de mesures provisionnelles du 2 juillet 2013, M.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais, à ce que A.H.\_\_\_\_\_ contribue à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 6'480 fr. dès et y compris le 1<sup>er</sup> août 2013, cas échéant pro rata temporis, ceci pour le cas où la garde des enfants lui serait attribuée.

Les parties, toutes deux assistées, ont été entendues à l'audience de mesures provisionnelles du 29 octobre 2013. A cette occasion, \_\_\_\_\_ un \_\_\_\_\_ délai \_\_\_\_\_ au 29 novembre 2013 a été impartie à l'intimé pour se déterminer, ce qu'il a fait \_\_\_\_\_ le 29 novembre 2013, réitérant sa demande de suspension de la contribution d'entretien pour une année.

**4. aa)** M.\_\_\_\_\_ est salariée de l'entreprise P.\_\_\_\_\_ et perçoit en moyenne, selon son certificat de salaire 2012, 3'771 fr. nets par mois.

Elle vit en concubinage avec le père de son fils D.. Son concubin est propriétaire de l'habitation dans laquelle ils logent avec les enfants B.H.\_\_\_\_\_, C.H.\_\_\_\_\_ et D.. Les intérêts hypothécaires sont pris en charge par moitié par la requérante. Celle-ci assume en outre la moitié des frais de chauffage au gaz.

**ab)** Les charges mensuelles incompressibles de la requérante sont les suivantes :

- ½ base mensuelle couple	850 fr.
- bases mensuelles B.H. _____ et C.H. _____	1'000 fr.
- intérêts hypothécaires et frais de chauffage	651 fr.
- primes d'assurance-maladie, y compris celles des enfants B.H. _____ et C.H. _____	<u>509 fr.</u>
Total	<u>2'974 fr.</u>

**ba)** L'intimé exploite un domaine viticole et arboricole, dont la comptabilité est tenue par la fiduciaire Z. \_\_\_\_\_ depuis l'exercice 2011. Précédemment, c'était la fiduciaire P. \_\_\_\_\_ qui s'en chargeait.

Le bilan établi par P. \_\_\_\_\_ indique, pour 2010, un total des produits de l'exploitation agricole de 443'411 fr. 75. Pour 2011, le compte d'exploitation effectué par Z. \_\_\_\_\_ fait mention d'un total de récoltes de 447'220 fr. 25, soit 300'111 fr. 60 de produits viticoles, 21'922 fr. 80 de commerce de marchandises et 125'185 fr. 85 de produits arboricoles. Pour 2012, il indique un total de récoltes de 436'619 fr. 51, soit 297'948 fr. 06 de produits viticoles, 15'824 fr. 50 de commerce de marchandises et 122'846 fr. 95 de produits arboricoles. La vente de raisin de table a rapporté 38'250 fr. en 2011 et 31'239 fr. en 2012.

Le bénéfice d'exploitation a été arrêté à 198'310 fr. 05 pour 2010, 152'588 fr. 39 pour 2011 et à 137'938 fr. 22 pour 2012.

Après déduction des différentes charges financières, le bénéfice net a été arrêté à 185'880 fr. pour 2010, 125'274 fr. 10 pour 2011 et 102'798 fr. 63 pour 2012.

En 2013, l'intimé a subi la grêle. Son exploitation arboricole est assurée contre les intempéries, ce qui n'est pas le cas de l'exploitation viticole.

L'intimé n'a perçu aucun revenu de la vente de raisins de table en 2013, alors que cela lui avait rapporté 38'250 fr. de chiffres d'affaires pour l'année 2011 et 31'239 fr. pour l'année 2012. En outre, il a encavé moins de vin.

Il ressort de son compte d'exploitation pour 2013 un total de récoltes de 366'896 fr. 05, soit 204'082 fr. 15 de produits viticoles, 15'116 fr. 80 de commerce de marchandises et 147'697 fr. 10 de produits arboricoles. Le bénéfice d'exploitation a été arrêté à 59'616 fr. 97. Après déduction des différentes charges financières, par 26'684 fr. 75, la fiduciaire a arrêté le bénéfice net de l'exercice 2013 à 32'932 fr. 22.

Selon sa déclaration d'impôts 2012, l'intimé exerce une activité accessoire qui lui a rapporté 19'339 fr. pour l'année considérée, soit 1'611 fr. par mois.

**bb)** Les charges mensuelles incompressibles de l'intimé sont les suivantes :

- base mensuelle adulte	1'200 fr.
- droit de visite	150 fr.
- primes d'assurance-maladie	470 fr.
- impôts	<u>1'200 fr.</u>
Total	<u>3'020 fr.</u>

Les autres charges de l'intimé sont incluses dans sa comptabilité d'indépendant.

### **En droit :**

**1.** En l'espèce, la décision rendue le 17 février 2014 a été notifiée au conseil de A.H. \_\_\_\_\_ le lendemain. Déposé le 28 février 2014, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions qui,

capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs. Le présent appel est donc recevable.

## **2.**

**2.1** 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, n. 2 ss ad art. 310 CPC). 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). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (CACI 14 mars 2011/12 c. 2 in JT 2011 III 43).

**2.2** 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 c. 2 et les réf. citées). Ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire (ATF 138 III 625 c. 2.2). Des novae peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées; JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelant n'a produit qu'une seule pièce nouvelle, soit son bilan et compte d'exploitation 2013. Cette pièce est recevable dès lors qu'elle ne pouvait pas être produite en première instance.

**3.** L'appelant conteste la quotité de la pension arrêtée par le premier juge à 3'550 fr. par mois.

### **3.1**

**3.1.1** D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907 ; RS 210), le juge fixe la contribution pécuniaire qui est à verser par l'une des parties à l'autre. Selon la jurisprudence, 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 ; TF 5A\_453/2009 du 9 novembre 2009, c. 5.2 ), la fixation de la contribution d'entretien ne devant pas anticiper sur la liquidation du régime matrimonial.

Lorsque les parties sont dans une situation matérielle favorable (sur cette notion : TF 5A\_288/2008 du 27 août 2008 c. 5.4), il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien des conditions de vie antérieures, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b et la jurisprudence citée; TF 5A\_453/2009 du 9 novembre 2009 c. 5.2; 5A\_515/2008 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 c. 2.1; 5A\_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2).

Dans les autres cas, le juge peut appliquer la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Cette méthode consiste à évaluer les ressources respectives des conjoints, puis à calculer leurs charges en se fondant sur les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), élargi des dépenses incompressibles, enfin à répartir le solde disponible de manière égale entre eux (TF 5P.504/2006 du 22 février 2007 c. 2.2.1; TF 5C.180/2002 du 20 décembre 2002 c. 5.2.2, in FamPra.ch 2003 p. 428 ss, 430 et les citations).

Dans les charges incompressibles des époux, il y a lieu de prendre en compte notamment le montant de base mensuel fixé dans les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, les frais de logement, les coûts de santé (avant tout les primes d'assurance-maladie obligatoire) et les frais de déplacement, s'ils sont indispensables à l'exercice de la profession (François Chaix, in : Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 9 ad art. 176 CC et les références citées).

Lorsque le revenu du conjoint auquel une contribution d'entretien est réclamée ne suffit pas pour couvrir ses dépenses incompressibles, aucune contribution d'entretien ne peut être mise à sa charge. En effet, selon un principe général du droit de la famille, le minimum vital du débiteur de l'entretien ne doit pas être entamé (ATF 133 III 57 c. 3).

**3.1.2** En tant que des enfants mineurs sont concernés, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC). S'agissant des mesures provisionnelles, le juge peut distinguer une pension pour un époux et une pension pour chacun des enfants mineurs, mais en pratique il fixe souvent une contribution globale du parent non attributaire de la garde sur les enfants à l'entretien de son conjoint et de ceux-ci. Une telle manière de procéder, largement répandue dans la pratique vaudoise, est admissible vu le renvoi de l'art. 137 al. 2 aCC à l'art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC, qui n'exige pas une indication séparée des montants attribués à chaque bénéficiaire (Tappy, in : Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, op. cit., n. 18 ad art. 137 CC, note en bas de page 57, p. 1016; CACI 30 mars 2011/40; CACI 20 octobre 2011/307).

**3.1.3** Pour les indépendants, le revenu est constitué – lorsqu'une comptabilité est tenue dans les règles – par le bénéfice net d'un exercice; en l'absence de comptabilité, il s'agit de la différence du capital propre

entre deux exercices (Chaix, Commentaire romand, Code Civil I, 2010, n. 7 ad art. 176 CC).

Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années (TF 5A\_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1, in FamPra.ch 2010, p. 678 et les références). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue (TF 5A\_246/2009 précité c. 3.1 et la référence; TF 5A\_259/2012 du 14 novembre 2012 c. 4.1, SJ 2013 I 451). Dans certaines circonstances, il peut être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables exceptionnelles, à savoir des bilans attestant de résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. Par ailleurs, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif (TF 5P.342/2001 du 20 décembre 2001 c. 3a; TF 5D\_167/2008 13 janvier 2009 c. 2, in FamPra.ch 2009, p. 464; TF 5A\_687/2011 du 17 avril 2012 c. 5.1.1).

Il convient de corriger le bénéfice annuel en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés (TF 5A\_687/2011 du 17 avril 2012 c. 5.1.1). En revanche, les amortissements qui s'effectuent sur plusieurs années et sont liés à des investissements nécessaires et usuels ne doivent pas être ajoutés (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 3.2; Juge délégué CACI 28 janvier 2013/56).

La jurisprudence préconise de prendre en considération comme revenu effectif le bénéfice net moyen du compte d'exploitation des trois ou quatre dernières années (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 2007 II 80 note infrapaginale 19; TF 5A\_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1., FamPra.ch. 2010 p. 678; TF 5P\_342/2001 du 20 décembre 2001 c. 3a). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par

l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue. Les bilans singuliers, c'est-à-dire particulièrement bons ou mauvais, peuvent selon les circonstances être ignorés. Ce n'est qu'en cas de revenus en baisse ou en hausse constante que le bénéfice de la dernière année sera considéré comme déterminant (TF 5D\_167/2008 du 13 janvier 2009 c. 2, FamPra.ch 2009 n° 44 p. 464).

Ce n'est que lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que les pièces produites ne sont pas convaincantes - comme par exemple lorsque les comptes de résultat manquent -, qu'il convient de se fonder sur le niveau de vie des époux durant la vie commune. Les prélèvements privés constituent alors un indice permettant de déterminer ce train de vie (TF 5A\_259/2012 du 14 novembre 2012 c. 4.2, SJ 2013 I 451; TF 5A\_246/2009 du 22 mars 2010 c. 3.1, FamPra.ch 2010 p. 678; TF 2P.29/2007 du 31 mai 2007 c. 2.4).

La détermination du revenu d'un indépendant peut en conséquence se faire en référence soit au bénéfice net, soit aux prélèvements privés, ces deux critères étant toutefois exclusifs l'un de l'autre : l'on ne peut ainsi conclure que le revenu d'un indépendant est constitué de son bénéfice net, additionné à ses prélèvements privés (TF 5A\_259/2012 du 14 novembre 2012 c. 4.3, SJ 2013 I 451).

**3.1.4** De jurisprudence constante, 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 en mesures protectrices de l'union conjugale, comme il l'est aussi en mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce (ATF 138 III 97 c. 2.2 ; ATF 137 III 385 c. 3.1). Aux termes de cette disposition, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1); ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution (al. 2); ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Le montant de la contribution d'entretien se détermine ainsi en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (TF 5A\_304/2013 du 1<sup>er</sup>

novembre 2013 c. 4.1 et les références citées). Le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (TF 5A\_173/2013 du 4 juillet 2013 c. 4.2).

Lorsque l'époux créancier vit en concubinage avec un nouveau partenaire, il y a lieu d'examiner si, dans le cas concret, il est soutenu financièrement par cette personne. Le cas échéant, sa créance d'entretien est réduite dans la mesure des prestations réellement fournies par le concubin. La prise en considération du soutien économique momentané par le nouveau partenaire est justifiée dans le cadre de mesures provisionnelles dès lors que - contrairement à ce qui prévaut en matière d'entretien après divorce (art. 129 CC) - l'entretien des époux peut aisément être adapté aux circonstances (ATF 138 III 97 c. 2.3.1, JT 2012 II 479 et les références). S'il n'y a aucun soutien financier, ou si les prestations fournies par le concubin ne peuvent être prouvées, il peut toutefois exister ce que l'on appelle une (simple) « communauté de toit et de table », qui entraîne des économies pour chacun des concubins. Ce qui est déterminant, ce n'est pas la durée du concubinage, mais l'avantage économique qui en découle (TF 5A\_620/2013 du 17 janvier 2014 c. 5.2.1 ; ATF 138 III 97 c. 2.3.2, JT 2012 II 479). Enfin, dans l'hypothèse où l'époux a construit avec son nouveau partenaire une communauté de vie si étroite que celui-ci est prêt à lui apporter une assistance et un soutien financier semblables à celui qui existe entre époux, comme l'exige l'art. 159 al. 3 CC, la contribution d'entretien due à cet époux peut être supprimée. Pour apprécier la qualité d'une communauté de vie, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances de la vie commune (TF 5A\_620/2013 du 17 janvier 2014 c. 5.2.1 ; ATF 138 III 97 c. 2.3.3 JT 2012 II 479 ; TF 5A\_593/2013 du 20 décembre 2013 c. 3.3.1; TF 5A\_470/2013 du 26 septembre 2013 c. 4.2).

Le concubinage qualifié (ou stable) est une communauté de vie d'une certaine durée entre deux personnes de sexe opposé, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique. Elle est parfois désignée comme communauté

de toit, de table et de lit. L'existence ou non d'un concubinage qualifié ne dépend pas des moyens financiers des concubins, mais de leurs sentiments mutuels et de l'existence d'une communauté de destins. Le juge doit dans tous les cas procéder à une appréciation de tous les facteurs déterminants (TF 5A\_760/2012 du 27 février 2013 c. 5.1.2.1, in FamPra.ch. 2013 p. 480; TF 5A\_593/2013 du 20 décembre 2013 c. 3.3.2; TF 5A\_620/2013 du 17 janvier 2014 c. 5.2.2). Il incombe au débiteur d'entretien de prouver que le créancier d'entretien vit dans un concubinage qualifié avec un nouveau partenaire (ATF 138 III 97 c. 2.3.2 et 3.4.2, JT 2012 II 479; TF 5A\_610/2012 du 20 mars 2013 c. 6.3.2). Il existe une présomption réfragable qu'un concubinage qui dure depuis cinq ans au moment de l'introduction de la procédure judiciaire constitue un concubinage qualifié. Il n'est pas arbitraire de nier l'existence d'un concubinage qualifié, même si un enfant commun est né de la nouvelle relation, lorsque celle-ci ne dure que depuis deux ans (ATF 138 III 97 c. 3.4, JT 2012 II 479, critiqué sur ce dernier point par Bohnet/Burgat, Effets du concubinage sur les contributions d'entretien, Newsletter droit matrimonial mars 2012; mais confirmé par TF 5A\_765/2012 du 19 février 2013 c. 5.3.2 et TF 5A\_470/2013 du 26 septembre 2013 c. 4.3, FamPra.ch 2014 p. 183: concubinage ayant commencé cinq mois avant l'accouchement).

La suspension ou la suppression de la contribution en cas de concubinage qualifié est possible même si la communauté de vie n'a pas encore atteint une durée de cinq ans mais présente en raison d'autres facteurs une stabilité suffisante (TF 5A\_593/2013 du 20 décembre 2013 c. 3.3.2 : concubinage stable admis dans le cas d'un couple dont l'installation commune dans un autre canton était une preuve de la stabilité de leur relation qui avait déjà duré plus de trois ans, l'épouse étant soutenue financièrement par son compagnon).

**3.2** L'appelant conteste le montant de ses revenus tel que retenu par le premier juge. Il se prévaut notamment de sa comptabilité 2013, qui atteste d'un bénéfice de 32'932 fr. 20, et non de 74'167 fr. 40 comme arrêté dans l'ordonnance entreprise.

En effet, pour établir les revenus de l'appelant, le premier magistrat a effectué une moyenne de ses bénéfices nets sur les trois dernières années. Il a relevé que le bénéfice se montait à 125'274 fr. 10 pour l'année 2011, 102'798 fr. 63 pour l'année 2012 et enfin 74'167 fr. 40 pour l'année 2013. Il a donc retenu que le revenu annuel moyen de A.H. \_\_\_\_\_ était de 100'746 fr. 70, soit 8'395 fr. par mois.

Certes, on doit concéder à l'appelant que la comptabilité produite au stade de l'appel pour l'année 2013 mentionne un bénéfice net moindre que celui pris en considération par le premier juge. Il peut toutefois être fait abstraction de ce dernier bilan 2013, celui-ci attestant d'une part, au regard du reste de la comptabilité produite, de résultats particulièrement mauvais dus aux intempéries subies. D'autre part, il résulte de cette dernière comptabilité que des investissements particuliers ont été effectués en 2013, notamment un amortissement de 12'234 fr. pour l'entretien du hangar, alors que selon les déclarations de l'appelant, il s'agissait d'une année difficile. Rien ne permet au surplus de penser, l'appelant ne l'alléguant d'ailleurs pas davantage, que de tels investissements devront être renouvelés dans l'avenir. En outre, on ne comprend pas non plus les raisons de l'augmentation importante des frais de main d'œuvre et de mise en bouteille, ceux-ci étant passés de 147'266 fr. 40 en 2012 à 183'053 fr. 10 en 2013, alors que l'appelant se prévaut d'une importante diminution du vin encavé. Par ailleurs, il convient de souligner que l'appelant exerce une activité accessoire qui lui a rapporté un salaire annuel de 19'339 fr. pour l'année 2012 et que ce revenu n'a pas été pris en compte par le premier juge. Rien ne permet de penser que A.H. \_\_\_\_\_ ne pourra plus bénéficier de cet emploi pour l'avenir. Enfin, il faut encore relever que l'appelant a réalisé, pour l'année 2010, un bénéfice net de 185'880 fr., ce qui correspond à un salaire mensuel net moyen de 15'490 fr., de sorte qu'on peut admettre que la mauvaise année 2013 est largement compensée par l'année 2010.

Quoi qu'il en soit et comme la jurisprudence citée sous chiffre 3.1.3 le rappelle, plus les fluctuations de revenus sont importantes et les

données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue. Par conséquent, si l'on tient compte des bénéfices réalisés par l'appelant sur les quatre années précédentes tels qu'ils ressortent des comptabilités produites, son revenu mensuel net moyen s'élève à 9'310 fr. ( $[185'880 + 125'274.10 + 102'798.63 + 32'932.22] : 48$ ), soit une somme plus haute que celle retenue par le premier juge. Partant, le grief doit être rejeté.

**3.3** L'appelant conteste également les charges retenues par le premier juge dans le calcul de son minimum vital d'existence. Il soutient que celles-ci s'élèvent en réalité à 6'317 fr. 70, soit son minimum vital de 1'350 fr., sa prime d'assurance-maladie de 470 fr., le remboursement de dettes par 3'293 fr. 70 et ses impôts par 1'200 francs.

En l'espèce, contrairement aux allégations de l'appelant, il n'y a pas lieu de tenir compte du remboursement de dettes à hauteur de 3'293 fr. 70 par mois, aucune pièce n'attestant de leur règlement durant ces dernières années.

En revanche, on doit admettre que la charge fiscale moyenne de l'appelant, au regard des comptabilités de ces dernières années, est plus importante que celle retenue par le premier juge dans l'ordonnance attaquée.

Les charges de l'intéressé peuvent donc être arrêtées de la manière suivante :

- base mensuelle adulte	1'200 fr.
- exercice du droit de visite	150 fr.
- primes d'assurance-maladie	470 fr.
- impôts	<u>1'200 fr.</u>
Total :	<u>3'020 fr.</u>

**3.4** L'appelant relève ensuite que l'intimée n'a pas un revenu de 3'200 fr. par mois mais un revenu de 3'771 fr. par mois, ainsi que cela ressort de son certificat de salaire pour l'année 2012.

Ce grief est fondé. En effet, le certificat de salaire susmentionné indique un salaire annuel net de 45'259 fr., soit 3'771 fr. par mois.

**3.5** L'appelant se plaint également de la fixation globale de la pension et reproche au premier juge d'avoir fait abstraction du concubinage de l'intimée, qu'il estime qualifié.

Un concubinage est dit qualifié lorsqu'il consacre une communauté de vie d'une certaine durée entre deux personnes de sexe opposé, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique. Il existe une présomption réfragable qu'un concubinage qui dure depuis cinq ans au moment de l'introduction de la procédure judiciaire constitue un concubinage qualifié. En l'espèce, le concubinage de l'intimée avec son nouveau compagnon dure depuis un peu moins de trois ans. Certes, un enfant est né de leur relation en 2012. Néanmoins, on ne perçoit pas dans le cas présent de circonstances reflétant la stabilité requise en cas de concubinage qualifié. L'appelant se borne à alléguer que l'intimée fait ménage commun avec un tiers depuis trois ans et qu'elle a eu un enfant avec ce tiers. Au regard de la jurisprudence rendue en la matière, ces éléments ne suffisent toutefois pas à eux seuls à établir le concubinage qualifié. Comme on l'a déjà dit, il incombe au débiteur d'entretien d'établir que les circonstances d'un concubinage qualifié sont réalisées, ce que l'appelant a échoué à faire en l'espèce. Ainsi, le concubinage de l'intimée, que l'on peut qualifier de simple, ne dispense pas l'appelant de contribuer à l'entretien de son épouse et l'application par le premier juge de la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent aux fins de déterminer la pension à verser ne prête pas le flanc à la critique et peut être confirmée. Il n'y a lieu de tenir compte du concubinage de l'appelante qu'au stade du calcul des postes de son minimum vital, comme le premier juge l'a fait.

**3.6** En définitive, la situation des parties peut être arrêtée comme suit :

Situation de l'appelant

- base mensuelle adulte	1'200 fr.
- exercice du droit de visite	150 fr.
- primes d'assurance-maladie	470 fr.
- impôts	1'200 fr.

Total des charges :	3'020 fr.
Revenus :	9'310 fr.
Excédent :	6'290 fr.

Situation de l'intimée

Total des charges :	2'974 fr.
Revenus :	3'771 fr.
Excédent :	797 fr.

Disponible des deux époux : 7'087 fr.

Si l'on attribue à l'épouse une quote-part du disponible de 60 %, la pension due devrait être arrêtée à 3'450 fr. par mois. Il ne se justifie toutefois pas de modifier la pension telle que déterminée par le premier juge, qui n'est inférieure que de 100 fr. au montant précité, puisque les revenus de l'appelant dont on a tenu compte ne comprennent pas le produit de son activité accessoire, qui lui rapporte près de 1'600 fr. nets par mois, et qu'au surplus, la quotité disponible aurait également pu être répartie à raison de deux tiers et non pas 60 % en faveur de l'intimée.

**4. a)** En définitive, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

**b)** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

**c)** L'appel étant rejeté, M. \_\_\_\_\_ a droit à de pleins dépens, arrêtés à 2'500 fr. (art. 106 al. 1 CPC et 9 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]).

La requête d'assistance judiciaire formée par l'intimée M. \_\_\_\_\_ doit être admise, celle-ci en remplissant manifestement les conditions d'octroi (art. 117 CPC). Pour le cas où les dépens ne pourraient pas être recouverts, l'indemnité d'office de Me Cédric Thaler, conseil d'office de l'intimée, sera arrêtée à 1'753 fr. 90 pour la procédure de deuxième instance, montant correspondant à 8 h 55 de travail rémunérées au tarif horaire de 180 fr., auquel s'ajoutent un montant de 19 fr. à titre de remboursement de ses débours ainsi que la TVA sur le tout, par 129 fr. 90.

Dans la mesure de l'art. 123 CPC, la bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,  
la juge déléguée 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 A.H. \_\_\_\_\_.
- IV. La requête d'assistance judiciaire de l'intimée M. \_\_\_\_\_ est admise.

- V. L'indemnité d'office de Me Cédric Thaler, conseil de l'intimée, est arrêtée à 1'753 fr. 90 (mille sept cent cinquante-trois francs nonante), TVA et débours compris.
- VI. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.
- VII. L'appelant A.H.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée M.\_\_\_\_\_ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- VIII. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 5 juin 2014

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

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 Alain-Valéry Poitry (pour A.H.\_\_\_\_\_),

- Me Cédric Thaler (pour M. \_\_\_\_\_).

La juge déléguée 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 civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :