

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 7 juin 2012

Présidence de M. MEYLAN, juge délégué
Greffier : M. Schwab

Art. 137 al. 2, 176 al. 1 ch. 1 CC; 317 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **R.**_____, à Gingins, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 mars 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **H.**_____, à Nyon, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 mars 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 13 septembre 2011 par R._____ (I), mis les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr., à la charge du requérant (II) et a renvoyé la décision sur dépens de la procédure provisionnelle à la décision finale (III).

En droit, le premier juge a considéré qu'aucune modification notable et durable des circonstances ne permettait de justifier une suspension de la contribution d'entretien due par R._____ à H._____. En particulier, il a retenu un revenu mensuel de 10'234 fr. 80 pour le requérant en calculant la moyenne de son compte privé pour les années 2006 à 2009, soit une diminution de ses revenus de 300 fr. depuis le dernier calcul effectué pour fixer la contribution d'entretien due à son épouse. Après avoir constaté que les charges mensuelles des parties n'avaient connu aucune modification sensible, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a ajouté qu'il ne pouvait être exigé de H._____ qu'elle reprenne une activité professionnelle dans la mesure où elle était âgée de 57 ans au moment du dépôt de la requête de mesures provisionnelles de R._____ et en prenant en compte le durée du mariage des parties jusqu'à leur séparation, soit 27 ans.

B. Par mémoire motivé du 2 avril 2012, R._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à ce que l'appel soit admis (I) et à ce que la pension provisionnelle, par 4'700 fr., fixée par ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, en faveur de l'intimée, soit supprimée avec effet au 1^{er} septembre 2011 (II), subsidiairement à ce que la pension provisionnelle, par 4'700 fr., fixée par ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, en faveur de l'intimée, soit réduite dans la mesure que justice dira, avec effet au 1^{er} septembre 2011 (III).

A l'appui de son appel, R. _____ a produit un bordereau de pièces.

Dans son mémoire du 18 mai 2012, l'intimée a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel du 2 avril 2012.

Le 5 juin 2012, R. _____ a produit un deuxième bordereau de pièces à l'appui de son appel.

Les parties ont été entendues lors de l'audience d'appel du 7 juin 2012. La conciliation, quoique tentée, a échoué.

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

1. R. _____, né le 14 septembre 1954, et H. _____ le 22 juin 1954, se sont mariés le 8 juillet 1977 devant l'Officier d'état civil de Moudon. Aucun enfant n'est issu de cette union.

Le requérant est paysagiste indépendant inscrit au Registre du commerce sous la raison sociale " [...]". Il n'a plus d'employé depuis 2010. La comptabilité globale de cette entreprise se présente sous forme de trois postes, le chiffre d'affaire, le produit du travail ainsi que le compte privé. Les résultats présentés par R. _____ sont les suivants:

Année	Chiffre d'affaire	Produit du travail	Compte privé
1997	263'941 fr. 35	32'147 fr. 60	121'137 fr. 75
1998	531'236 fr. 75	106'062 fr. 35	89'035 fr. 55
2000	547'436 fr. 10	133'388 fr. 04	180'376 fr. 59
2001	532'373 fr. 05	159'876 fr. 90	166'259 fr. 40
2002	548'701 fr. 15	145'932 fr. 30	213'967 fr.
2003	359'122 fr. 83	40'729 fr. 30	34'164 fr. 15
2004	380'107 fr. 01	28'007 fr. 67	79'785 fr. 05

2006	498'161 fr. 45	252'834 fr. 74	132'203 fr. 59
2007	312'385 fr. 85	60'619 fr. 09	147'120 fr. 45
2008	445'629 fr. 39	180'688 fr. 25	125'377 fr. 30
2009	251'698 fr. 43	62'509 fr. 95	86'568 fr. 89
2010	77'338 fr. 40	-23'086 fr. 35	86'204 fr. 01

Le 24 février 2010, R. _____ a liquidé des titres pour un montant de 32'627 francs et 50 centimes. Ce montant a été transféré dans le compte privé de l'année 2010.

H. _____, a travaillé au service de la [...] en qualité d'employée de commerce du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 1997. L'intimée a volontairement quitté son poste de travail, en accord avec son époux. Elle n'exerce actuellement aucune activité professionnelle.

2. Les parties vivent séparées depuis le mois de juin 2004. Dans un premier temps, la séparation a été réglée par une convention signée le 8 juillet 2004 par le requérant et l'intimée (convention ratifiée le 16 juillet 2004 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte), prévoyant que R. _____ contribuerait à l'entretien de H. _____, par le versement d'une contribution d'entretien de 4'500 fr. par mois dès le 1^{er} août 2004.

Le 9 mai 2005, R. _____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, concluant notamment à la réduction du montant de la contribution d'entretien dont il devait s'acquitter à 800 fr. par mois dès et y compris le 1^{er} mai 2005. H. _____, a notamment conclu au rejet des conclusions du requérant et à ce que le montant de la contribution d'entretien soit augmenté à 8'200 fr. par mois dès et y compris le 1^{er} mai 2005. Au cours de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 juillet 2005, les parties ont déposé une requête commune en divorce.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a dit

que R._____ contribuerait à l'entretien de H._____, par le versement, dès le 1^{er} juillet 2005, d'une contribution mensuelle de 4'700 francs. Pour déterminer la contribution mensuelle, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a calculé les revenus du requérant en se fondant sur la comptabilité de l'entreprise du requérant, en particulier sur les prélèvements effectués sur le compte privé en 1997, 1998 et de 2000 à 2004. Les revenus moyens ainsi déterminés se montaient à 10'500 fr. par mois. Quant aux charges mensuelles des parties, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a déterminé ce qui suit:

- pour le requérant: un loyer de 1'210 fr., des primes d'assurance maladie par 477 fr., des frais d'électricité de 110 fr., des frais de déplacement de 500 fr. et des impôts de 1'900 fr. en moyenne.

- pour l'intimée: les charges hypothécaires et les charges courante de son logement (dont elle est propriétaire) par 1'200 fr., ses frais de déplacement de 500 fr., des primes d'assurance-maladie de 520 fr. et des impôts de 750 francs.

Par la suite, la procédure de divorce a été suspendue pour être reprise à la requête de la partie la plus diligente. La procédure de divorce par requête commune n'a toutefois jamais être reprise.

Par demande du 26 mars 2007, H._____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à la dissolution du mariage des parties par le divorce (I) et à ce que R._____ soit le débiteur de H._____, d'une contribution mensuelle d'entretien de 4'700 fr. (II).

Par réponse du 15 janvier 2008, R._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demande du 26 mars 2007 et, reconventionnellement, à la dissolution du mariage des parties par le divorce (I) et à la dissolution ainsi que la liquidation du régime matrimonial des parties selon des précisions à fournir en cours d'instance (II).

Le 28 mars 2008, H._____, a confirmé les conclusions de sa demande du 26 mars 2007.

3. Par requête de mesures provisionnelles du 13 septembre 2011, R._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'admission de sa requête (I) et à la suppression de la pension provisionnelle, fixée à 4'700 fr. par ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, dès le 1^{er} septembre 2011 (II).

Par détermination du 28 septembre 2011, H._____, a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la requête du 13 septembre 2011.

A l'occasion de l'audience de mesures provisionnelles du 17 novembre 2011, les témoins Z._____, paysagiste, et S._____, comptable du requérant, ont été entendus.

Z._____ a notamment déclaré que le marché du paysagisme a connu une nette baisse depuis 2009 et que la situation était tendue pour les petites entreprises, dont les marges étaient plus faibles que celles des grandes entreprises, qui, de plus, exerçaient une forte concurrence sur les petites entreprises, dont celle du requérant fait partie. Selon le témoin, le requérant éprouverait de sérieuses difficultés à concurrencer les grandes entreprises, dont le tarif horaire serait 50 % meilleur marché que celui du requérant. Il a ajouté que l'année 2012 avait bien commencé, mais qu'il s'agirait tout de même d'une année difficile, au vu de la forte concurrence et de l'importante pression sur les prix. Le témoin a également déclaré que le requérant pourrait se reconvertir dans le domaine du carrelage ou de l'enseignement.

Il ressort du témoignage de S._____ que la situation économique du requérant serait catastrophique depuis quelques années en raison, notamment, de la mauvaise situation économique globale et de la procédure de divorce en cours qui aurait eu des répercussions négatives sur la motivation au travail du requérant. Selon le témoin, R._____ ne

serait pas du genre à se laisser aller grâce à sa personnalité combative. Le témoin a également confirmé l'exactitude des montants inscrits dans la comptabilité de l'entreprise du requérant, dans les postes produit du travail et compte privé de l'année 2010.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les 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 un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 CPC), l'appel est recevable à la forme.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 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 115, p. 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC ; Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable 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. La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320 et note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les *novas* sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral a considéré que cette interprétation de la loi était dépourvue d'arbitraire (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 c. 4.2). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438).

Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire commande au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves ; il ordonne d'office l'administration de toutes les preuves propres et nécessaires à

établir les faits pertinents. La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses (ATF 128 II 139 c. 3.2.1). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415 p. 438).

En l'espèce, R. _____ a produit deux bordereaux de pièces nouvelles. Le premier bordereau, daté du 2 avril 2012, comprend une commination de faillite du 8 mars 2012, une lettre recommandée adressée à l'appelant par l'Office des poursuites du district de Nyon du 13 mars 2012, un courrier adressé au conseil de H. _____, du 15 mars 2012, une copie d'un ordre de paiement du 16 mars 2012, une quittance établie le 16 mars 2012 par l'Office des poursuites du district de Nyon et une copie d'une commination de faillite du 26 mars 2012. Vu la date à laquelle ces pièces ont été établies, il s'agit de vraies novas. Les conditions de l'art. 317 CPC pour l'admission de nova étant ainsi réunies, les pièces contenues dans ce bordereau sont recevables et elles ont par conséquent été prises en compte dans l'établissement des faits, dans la mesure de leur utilité à l'examen de la cause.

Les pièces contenues dans le deuxième bordereau, daté du 5 juin 2012, soit trois extraits de comptabilité relative aux frais des véhicules de l'entreprise de l'appelant pour les années 2008 à 2010, ne peuvent en revanche pas être considérées comme de vraies novas. En effet, R. _____, qui aurait pu produire ces pièces devant la première instance, ne démontre pas en quoi il aurait été empêché de le faire. Il s'ensuit que les conditions de l'art. 317 CPC ne sont pas réalisées en l'état de sorte que les pièces de ce bordereau sont irrecevables.

c) Dans le cadre de mesures provisionnelles, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 120 II 352 c. 2b), en se fondant sur les moyens de preuve

immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 *in limine*; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 3.2; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011 c. 4.2 *in fine*; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3).

3. a) L'appelant reproche au premier juge de ne pas avoir appliqué les règles relatives à la détermination de l'entretien d'un conjoint en matière de divorce, estimant que, dans le cas d'espèce, il convenait d'appliquer le principe du "clean break" et déterminer si H._____, était en mesure de reprendre une activité professionnelle.

b) Selon l'art. 276 al. 1 CPC, relatif aux mesures provisionnelles durant la procédure de divorce, les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 171 ss CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]) sont applicables par analogie. D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Tant que dure le mariage, les époux doivent donc contribuer, chacun selon ses facultés (art. 163 al. 1 CC), aux frais supplémentaires engendrés par l'existence parallèle de deux ménages. Chaque époux peut prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa p. 318), la fixation de la contribution d'entretien ne devant pas anticiper sur la liquidation du régime matrimonial (TF 5A_453/2009 du 9 novembre 2009 c. 5.2). 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 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 et les arrêts cités; TF 5A_453/2009 du 9 novembre 2009 c. 5.2). Dans les autres cas, le juge peut appliquer la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent (TF 5P.504/2006 du 22 février 2007 c. 2.2.1; TF 5C.180/ 2002 du 20 décembre 2002 c. 5.2.2, publié in FamPra.ch 2003, pp. 428 ss, 430 et les citations).

Lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, le principe de l'indépendance financière gagne en importance, en sorte qu'il faut se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce (ATF 128 III 65 ss). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'art. 125 al. 1 CC concrétise deux principes : d'une part, celui du "clean break" qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit acquérir son indépendance économique et subvenir à ses propres besoins après le divorce et, d'autre part, celui de la solidarité qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien. L'obligation d'entretien repose ainsi sur les besoins de l'époux bénéficiaire; si on ne peut exiger de lui qu'il s'engage dans la vie professionnelle ou reprenne une activité lucrative interrompue à la suite du mariage, une contribution équitable lui est due pour assurer son entretien convenable. Dans son principe, comme dans son montant et sa durée, cette prestation doit être fixée en tenant compte des éléments énumérés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 ch. 1 à 8 CC (ATF 137 III 102 c. 4.1.1; ATF 132 III 598 c. 9.1 et les arrêts cités). Une contribution est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux crédientier. Si le mariage a duré au moins dix ans - période à calculer jusqu'à la date de la séparation des parties (ATF 132 III 598 c. 9.2) - il est présumé avoir eu une influence concrète. La jurisprudence retient également que, indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs (ATF 135 III 59 c. 4.1 et les arrêts cités). Un tel mariage ne donne toutefois pas automatiquement droit à une contribution d'entretien : selon la jurisprudence, le principe de l'autonomie prime le droit à l'entretien, ce qui se déduit directement de l'art. 125 CC. Un époux ne peut prétendre à une pension que s'il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable et si son conjoint dispose d'une capacité contributive (ATF 137 III 102 c. 4.1.2; ATF 134 III 145 c. 4).

Un conjoint peut 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, JT 2002 I 294 ; ATF 127 III 136 c. 2a *in fine*). 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'époux qu'il prenne une activité lucrative, ou augmente celle qu'il 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 il a été éloigné de la vie professionnelle (ATF 114 II 13 c. 5 ; ATF 114 II 301 c. 3a, JT 1991 I 351). S'il entend exiger de lui qu'il reprenne une activité lucrative, le juge doit lui accorder un délai d'adaptation approprié : l'époux doit en effet avoir suffisamment de temps pour s'adapter à sa nouvelle situation, notamment lorsqu'il doit trouver un emploi. Ce délai doit par ailleurs être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier (cf. ATF 129 III 417 c. 2, JT 2004 I 115 ; ATF 114 II 13 c. 5 ; sur tous ces points, TF 5A_743/2010 du 10 février 2011 c. 4).

c) Le premier juge a considéré qu'il n'était pas possible d'exiger de H._____, qu'elle reprenne une activité professionnelle compte tenu de son âge et de la durée du mariage des parties.

da) Durant la procédure de divorce, en principe, les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables aux parties. La question de l'application du principe du "clean break" ou de la solidarité n'entre en ligne de compte qu'au moment du divorce. Par

exception, cependant, lorsque la reprise de la vie commune ne peut être sérieusement envisagée, les critères relatifs à l'entretien après le divorce peuvent être appliqués pendant la procédure de divorce (cf. supra ch. 3 let. b).

En l'espèce, à l'occasion de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 juillet 2005, les parties ont déposé une requête commune en divorce. Cette procédure a été suspendue et devait être reprise à la requête de la partie la plus diligente; elle n'a toutefois jamais été reprise. Cette situation n'a connu aucune évolution jusqu'au 26 mars 2007, lorsque H._____, a déposé une demande unilatérale en divorce. En outre, l'ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005 n'a jamais été remise en question jusqu'au dépôt de la requête de R._____, le 13 septembre 2011.

Dans ces conditions, force est de constater que la réalisation de l'exception permettant d'écarter les dispositions régissant la protection de l'union conjugale pour appliquer le principe du "clean break" ou de la solidarité n'apparaît pas comme évidente. L'appelant se contente d'ailleurs d'expliquer que le couple n'a pas eu d'enfant, avant de mentionner un "déracinement culturel", pour justifier l'application du principe du "clean break", ce qui n'apparaît pas suffisant. C'est donc à raison que le premier juge a appliqué les dispositions régissant la protection de l'union conjugale au cas d'espèce.

S'agissant de la reprise d'une activité professionnelle par H._____, quand bien même le principe du "clean break" aurait été appliqué à la présente procédure, qui concernant des parties mariées depuis le 8 juillet 1977, il n'aurait pas été possible d'exiger de l'intimée qu'elle reprenne une activité professionnelle. En effet, au bénéfice d'une formation d'employée de commerce, H._____, n'a plus exercé d'activité lucrative depuis le mois de janvier 1998 et elle est actuellement âgée de 57 ans. Au surplus, il convient de relever que le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, au moment de rendre son ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, n'avait pas envisagé une

reprise d'activité professionnelle par l'intimée, ce qui n'avait pas été contesté par l'appelant.

e) Compte tenu de ce qui précède, le moyen de l'appelant doit être rejeté.

4. a) Dans un deuxième moyen, l'appelant estime que le montant de ses revenus n'a pas été correctement déterminé par le premier juge. Il considère que l'entier de la comptabilité de son entreprise est fiable, qu'il ne faut pas s'en écarter et que, pour déterminer ses revenus avec exactitude, il faut prendre en compte les résultats de son entreprise pour les années 2009, 2010 et 2011. R._____ ajoute que le compte privé de l'année 2010 est partiellement constitué d'autres sources que le produit de son travail et qu'il a dû emprunter de l'argent à des tiers pour pouvoir assumer ses charges et payer la contribution d'entretien à son épouse.

b) Le revenu déterminant pour la fixation de la contribution d'entretien est le revenu effectif ou effectivement réalisable, soit s'agissant des revenus du travail, le revenu net, cotisations sociales déduites.

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, 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 678 et les références; 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 (TF 5A_246/2009 précité c. 3.1 et la référence). 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, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés (TF 5P.342/2001 du 20 décembre 2001 c. 3a; TF 5D_167/2008 13 janvier 2009 c. 2, in FamPra.ch 2009 464; TF 5A_687/2011 du 17 avril 2012 c. 5.1.1).

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 Buletti, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, dure 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 no 44 p. 464).

Lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que les pièces produites ne sont pas convaincantes - comme par ex. lorsque les comptes de résultat manquent -, 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_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; Bräm, Commentaire zurichois, n. 76 ad art. 163 CC).

On ne saurait exiger du juge des mesures provisionnelles ou protectrices qu'il se transforme en expert avisé, qui devrait déceler, sur la base des seuls comptes, où pourraient résider des charges fictives (CREC II 20 octobre 2008/199). C'est d'autant plus le cas lorsque les comptes ont été établis par une fiduciaire, qui atteste qu'ils l'ont été dans le strict respect des normes comptables et que les amortissements comptables répondent aux exigences fiscales (Juge délégué CACI 16 décembre 2011/404).

c) Le premier juge a pris en compte la moyenne du compte privé de l'appelant pour les années 2006 à 2009 afin d'établir le revenu mensuel de l'appelant, soit 10'234 fr. 80 en moyenne. Le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a indiqué que le compte privé de l'appelant affichait des montants presque identiques, entre 2006 et 2008, et qu'il n'avait pratiquement pas varié de 2009 à 2010, alors même que, pendant la même période, le produit du travail connaissait de grandes variations, en particulier entre 2009 et 2010. Le premier juge n'a en outre pas tenu compte de l'année 2010 dans la mesure où il s'agissait d'un cas isolé présentant un bilan particulièrement mauvais. Il n'a pas non plus pris en considération le produit du travail de l'année 2009, précisant que la réalité des montants y étant inscrits pouvait être mise en doute.

da) La comptabilité de l'entreprise de l'appelant présente des montants qui varient considérablement sous le poste produit du travail entre 2006 et 2010. En effet, entre 2006 et 2007, le produit du travail a été divisé par quatre, puis triplé entre 2007 et 2008 avant d'être divisé par trois de 2008 à 2009 et de présenter un solde négatif en 2010. En revanche, durant la même période, le poste compte privé de R. _____ n'a pas varié de manière similaire, ce montant étant compris entre 147'120 fr. 45 (pour le montant le plus élevé, en 2007) et 86'204 fr. 01 (pour le montant le moins élevé, en 2010). C'est ainsi à juste titre que le premier juge a estimé qu'il n'était pas possible de se fier au poste produit du travail pour déterminer les revenus de l'appelant mais qu'il fallait établir une moyenne du compte privé pour y parvenir.

db) Conformément à la jurisprudence (cf. supra ch. 4 let. b), il convient de prendre en compte le résultat de l'entreprise sur les trois ou quatre dernières années pour déterminer les revenus de l'appelant. Il convient ainsi d'effectuer la moyenne du poste compte privé durant cette période. Peu importe à cet égard que les montants de ce poste aient pu connaître une baisse durant les trois ou quatre dernières années. En effet, l'instruction de la cause, en particulier les témoignages de Z._____ et de S._____, a permis d'établir que les résultats de l'entreprise de R._____ ont baissé de manière constante depuis l'année 2008, ce qui implique une baisse de ses revenus. Dans ces conditions, le compte privé de l'année 2008 doit être pris en compte dans la détermination des revenus de l'appelant. En revanche, la comptabilité de l'entreprise pour l'année 2011 n'ayant pas été produite au dossier de la cause, il n'en sera pas tenu compte. Les revenus de l'appelant correspondent ainsi à la moyenne du compte privé pour les années 2008 à 2010, en déduisant, pour l'année 2010, l'apport issu de la vente d'actions de l'appelant, soit: 125'377 fr. 30 (pour l'année 2008) + 86'568 fr. 89 (pour l'année 2009) + 53'576 fr. 51 (86'204 fr. 01 - 32'627 fr. 50 pour l'année 2010) = 265'522 fr. 70, soit 88'507 fr. 56 par année. Les revenus de l'appelant doivent ainsi être fixés à 7'375 fr. 60 par mois.

dc) Le premier juge a indiqué que les charges des parties n'avaient pas sensiblement varié depuis l'ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, à l'exception du loyer de l'appelant qui a augmenté. Le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a toutefois relevé que ce loyer était trop élevé pour une personne seule et qu'il convenait ainsi de ne pas tenir compte de ce nouveau loyer. Le premier juge n'a pas non plus modifié les charges fiscales de R._____, considérant qu'il n'a pratiquement pas payé d'impôts pour les années 2007, 2009 et 2011.

Ce raisonnement n'a pas été contesté, l'appelant reconnaissant lui-même dans son mémoire d'appel que "les charges de l'appelant et de l'intimée n'ont que peu varié depuis 2005" (mémoire d'appel du 2 avril 2012, p. 10). Dans ces conditions, le montant de la

contribution d'entretien à la charge de l'appelant sera fixé en tenant compte des charges retenues dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 6 septembre 2005, soit 5'300 fr. pour R._____ et 4'100 fr. pour H._____.

dd) Ainsi, les ressources disponibles du couple (7'375 fr. 60) ne suffisent pas à satisfaire les minima vitaux totalisant 9'400 fr. (5'300 fr. + 4'100 fr.). Dans une telle situation, dite d'"Unterdeckung", on commence par servir au débiteur son minimum vital et la prestation alimentaire est égale au solde disponible (Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993 p. 439). Ainsi la pension due doit être arrêtée à 2'000 fr. en chiffres ronds (7'375 fr. - 5'300 fr.) alors que la pension querellée était de 4'700 francs. Elle est payable d'avance, le premier de chaque mois, dès et y compris le 1^{er} septembre 2011.

L'appel est en conséquence partiellement admis.

5. En définitive, l'appel est partiellement admis et l'ordonnance du 21 mars 2012 reformée en ce sens que l'appelant doit verser à l'intimée une contribution d'entretien de 2'000 fr. par mois dès le 1^{er} septembre 2011, les frais judiciaires de première instance devant être répartis par moitié entre les parties. L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis par moitié à la charge de R._____, dès lors qu'il obtient partiellement gain de cause, et par moitié à la charge de H._____ (art. 106 al. 2 CPC).

Vu le sort de l'appel, R._____ a droit à la restitution de la moitié de son avance de frais et à des dépens partiels de deuxième instance qu'il convient d'arrêter à 2'000 fr. (art. 7 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6). Aussi, l'intimée

H._____, versera à l'appelant R._____ une somme de 2'300 fr. à ce titre.

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 partiellement admis.
- II. L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres I et II de son dispositif, un chiffre I bis étant introduit :
 - I.- admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 13 septembre 2011 par R._____;
 - I bis dit que R._____ contribuera à l'entretien de H._____, par le versement d'une pension mensuelle payable au début de chaque mois de 2'000 fr. (deux mille francs) dès le 1^{er} septembre 2011;
 - II.- met les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), à la charge du requérant par 200 fr. (deux cents francs) et de l'intimée par 200 fr. (deux cents francs);

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant par 300 fr. (trois cents francs) et de l'intimée par 300 fr. (trois cents francs).
- IV. L'intimée H._____, doit verser à l'appelant R._____ la somme de 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) à titre de dépens et de restitution de la moitié de l'avance de frais de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 12 juin 2012

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 Pierre-Yves Baumann (pour R. _____),
- Me Marville (pour H. _____).

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 civil de l'arrondissement de La Côte.

Le greffier :