

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

---

---

Arrêt du 1er septembre 2011

---

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué  
Greffier : M. Meyer

\* \* \* \* \*

**Art. 125, 163 al. 1, 179 CC; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur les appels interjetés par **A.D.**\_\_\_\_\_, à Rolle, d'une part, et par **X.**\_\_\_\_\_, à Romanel-sur-Morges, d'autre part, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17 mai 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant les appelants entre eux, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 mai 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a dit que A.D. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de son épouse, d'une contribution mensuelle de 7'000 fr., allocations familiales non comprises et dues en sus, dès le 1<sup>er</sup> mars 2011 (I), maintenu pour le surplus la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 18 janvier 2010 (II), arrêté les frais de la procédure provisionnelle à 400 fr. pour chaque partie (III), dit que les dépens suivent le sort de la cause au fond (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, le premier juge a retenu que, bien que l'on doive apprécier la situation des parties en fonction des principes régissant la fixation d'une contribution d'entretien après divorce (art. 125 CC), l'absence de perspective de réconciliation entre les conjoints ne suffit pas, à elle seule, à justifier la suppression de la contribution d'entretien au sens de l'art. 163 al. 1 CC. Il a ainsi considéré que cette disposition était la base légale applicable, dès lors que l'instruction avait permis de constater qu'X. \_\_\_\_\_, qui n'avait pas travaillé durant la vie commune, était actuellement en incapacité de travail pour des raisons de santé. Partant, il a estimé qu'aucun revenu hypothétique ne pouvait lui être imputé, même si, à terme, cette dernière devrait de toute manière acquérir son indépendance économique.

Concernant la quotité de la contribution d'entretien, le premier juge s'est fondé sur la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Il a tenu compte de l'augmentation de salaire de A.D. \_\_\_\_\_ et de la diminution de ses charges avant de répartir le solde disponible entre les parties. Au vu du montant relativement élevé des revenus de ce dernier, et pour éviter un déplacement de patrimoine anticipant sur la liquidation du régime matrimonial, le premier juge a fixé, en équité, la

contribution d'entretien de A.D. \_\_\_\_\_ à 7'000 fr. par mois en faveur des siens.

**B.** Le 25 mai 2011, A.D. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance. Il a conclu, principalement, à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien à l'égard des siens soit réduite à 2'000 fr. par mois, à compter du 1<sup>er</sup> février 2011 et, subsidiairement, à son annulation et son renvoi devant le premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A.D. \_\_\_\_\_ a par ailleurs formé une requête d'effet suspensif, contenue dans le corps de son appel.

Par décision du 30 mai 2011, la juge déléguée de la Cour d'appel civile a rejeté l'effet suspensif à l'appel au regard de l'art. 315 al. 4 let. b CPC.

Dans son mémoire de réponse du 4 juillet 2011, X. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de cet appel.

Le 30 mai 2011, X. \_\_\_\_\_ a également appelé contre l'ordonnance susmentionnée. Ses conclusions sont les suivantes :

- I. L'appel est admis ;
- II. L'Ordonnance de mesures provisionnelles rendue par la Présidente du Tribunal civil de La Côte est modifié de la façon suivante :

- La Convention de mesures protectrices de l'union conjugale passée entre les parties le 18 janvier 2010 et ratifiée par le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Côte pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale est modifiée en ce sens que dès et y compris le 1<sup>er</sup> décembre 2010, A.D. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de son épouse et de son fils par le régulier versement le 1<sup>er</sup> de chaque mois en mains d'X. \_\_\_\_\_ d'une pension de 8'435 fr., allocations familiales en sus.

Dès le 1<sup>er</sup> avril 2011, ladite contribution d'entretien se montera à 9'000 francs, allocations familiales en sus.

Le bonus 2011 sera réparti entre les parties à raison de 60% en faveur de Madame X. \_\_\_\_\_ et 40% en faveur de Monsieur A.D. \_\_\_\_\_, le montant perçu devant être versé à l'épouse dans les 10 jours après que l'employeur de Monsieur [...] le lui l'aura versé.

- La Convention du 18 janvier 2010 est maintenue pour le surplus."

A l'appui de son appel, X. \_\_\_\_\_ a produit, outre une copie de la décision attaquée, une estimation de ses impôts 2011.

Par lettre du 31 mai 2011 adressée au juge de céans, X. \_\_\_\_\_ a signalé une erreur factuelle contenue dans son appel.

Dans sa réponse du 11 juillet 2011, A.D. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel. Il a produit une pièce, soit une copie de l'acte de reconnaissance de son fils [...].

Par courrier du 29 août 2011, X. \_\_\_\_\_ a formulé des observations quant à la pièce mentionnée ci-dessus.

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

**1.** A.D. \_\_\_\_\_, né le [...] 1974, de nationalité espagnole, et X. \_\_\_\_\_ le [...] 1975, de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 2005 devant l'officier d'état civil de Genève. Un enfant est issu de cette union, [...], né le [...] 2005 à Genève.

A.D. \_\_\_\_\_ est également le père d' [...], né le [...] 2011 d'une union libre.

Parties vivent séparées depuis le mois de décembre 2008 et n'ont jamais repris la vie commune depuis lors.

**2.** Sur requête de X.\_\_\_\_\_, une audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 18 janvier 2010, durant laquelle les parties ont signé une convention, ratifiée séance tenante par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. Les époux sont notamment convenus de vivre séparés, étant précisé qu'ils le sont déjà depuis le mois de décembre 2008 et qu'ils se sont déjà constitués des domiciles distincts, ont convenu que la garde de l'enfant [...] est confiée à sa mère, le père jouissant d'un libre droit de visite, que la contribution d'entretien de ce dernier à l'égard des siens est fixée à 6'200 francs jusqu'au mois de juillet 2010 inclus, puis à 5'700 fr. depuis lors, allocations familiales en sus et que le bonus 2010 octroyé à A.D.\_\_\_\_\_ sera réparti par moitié entre les époux, mais servira en premier lieu à solder leurs dettes fiscales au 31 décembre 2008.

**3.** La situation personnelle et financière des parties se présente comme suit :

**a)** A.D.\_\_\_\_\_ a travaillé jusqu'au 31 mars 2011 en qualité de fiscaliste au service de [...] à Genève. Il a réalisé un salaire mensuel brut de 15'600 fr., soit 13'543 fr. 65 net. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2011, il travaille à Genève dans la société [...] AG. Son salaire brut annuel est de 205'000 fr., payable en douze mensualités de 17'083 francs. Fautes de plus amples informations, son salaire net peut être estimé à 14'850 francs, compte tenu de déductions de 5,05% pour l'AVS, 1% pour l'AC et environ 1'200 fr. pour la LPP. Selon son nouveau contrat de travail, il percevra en outre un bonus brut de 35'000 fr. au minimum pour la période allant jusqu'au 31 mai 2012, plus un éventuel autre bonus à bien plaisir.

A.D. \_\_\_\_\_ vit avec sa compagne dont il vient d'avoir un enfant le 24 juin dernier. Ses charges mensuelles incompressibles sont les suivantes :

- ½ loyer (y compris place de parc et charges)	800 fr.
- prime d'assurance maladie	400 fr.
- frais de transport (abonnement général CFF)	305 fr.
- assurance vie pour l'enfant [...]	100 fr.
- ½ minimum vital de couple	850 fr.
- frais de droit de visite	150 fr.
- <u>minimum vital de l'enfant [...]</u>	<u>400 fr.</u>
Total arrondi à	3'000 fr.

**b)** X. \_\_\_\_\_ n'exerce pas d'activité professionnelle. Au bénéfice d'une formation d'employée de commerce, option secrétariat, elle maîtrise couramment le suisse-allemand et a obtenu en 1992 un certificat d'anglais ("First Certificate"). Depuis le début de sa relation avec A.D. \_\_\_\_\_, elle n'a que très peu, voire jamais travaillé. Elle a produit un certificat médical du 8 février 2011 (pièce 10), qui atteste d'une évolution lente et favorable, ajoutant que "son état de santé actuel et la fragilité de son amélioration ne permettent pas d'imaginer actuellement une reprise du travail sans risque important de décompensation grave". Entendue comme témoin, sa belle-sœur, avec laquelle elle était très proche avant la séparation des parties, a déclaré qu'X. \_\_\_\_\_ lui avait dit ne pas être en état de travailler et avoir bénéficié, peu après la naissance et pendant quelque temps, d'une aide extérieure régulière pour les soins de l'enfant et les tâches ménagères. Par ailleurs, le témoin a ajouté qu'X. \_\_\_\_\_ aimait le luxe et les belles choses de marque, mais qu'elle n'était pas pour autant une dépensière compulsive.

Séparée de l'ami avec lequel elle est partie en week-end à Rome à fin février 2011, aux frais de ce dernier, X. \_\_\_\_\_ vit seule avec son fils [...]. Ses charges mensuelles essentielles sont les suivantes :

- frais de l'appartement (dont elle est propriétaire)	1'200 fr.
---	-----------

- prime d'assurance maladie	454 fr. 95
- franchise de l'assurance maladie	25 fr.
- prime d'assurance maladie de [...]	150 fr.
- frais de cantine de [...]	66 fr.
- frais de véhicule	300 fr.
- minimum vital	1'350 fr.
<u>- minimum vital de [...]</u>	<u>400 fr.</u>
Total arrondi à	4'000 fr.

**c)** Leur fils, [...], va à l'école enfantine quatre fois par semaine (sauf le mercredi) de 8h40 à 12h00. Il est suivi depuis le 17 juillet 2009 par un psychiatre et psychothérapeute pour des difficultés psychoaffectives qui se manifestent par des troubles sévères du sommeil ainsi que des troubles du comportement de type actif (colère, opposition, intolérance à la frustration, etc.). Selon la doctoresse [...], bien que l'évolution de l'enfant soit cliniquement favorable, il est indispensable d'éviter des changements de mode de garde en dehors de l'école car le risque est très important de provoquer une nouvelle aggravation de la situation (pièce 9). Elle ajoute que la mère doit être présente pour permettre une consolidation des acquis à tout le moins jusqu'à la fin des classes enfantines.

**4.** Par demande unilatérale du 10 février 2011, A.D. \_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce.

Par requête de mesures provisionnelles du même jour, A.D. \_\_\_\_\_ a conclu à ce que sa contribution d'entretien envers les siens soit réduite à 2'000 fr., dès et y compris le 1<sup>er</sup> février 2011.

Par requête de mesures provisionnelles du 15 février 2011, X. \_\_\_\_\_ a pris les conclusions suivantes :

"I. La Convention de mesures protectrices de l'union conjugale passée entre les parties le 18 janvier 2010 et ratifiée par le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Côte pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale est modifiée en ce sens que dès et y compris le 1<sup>er</sup> décembre 2010,

A.D. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de son épouse et de son fils par le régulier versement le 1<sup>er</sup> de chaque mois en mains d'X. \_\_\_\_\_ d'une pension de 8'435 fr., allocations familiales en sus.

Dès le 1<sup>er</sup> avril 2011, ladite contribution d'entretien se montera à 9'000 fr., allocations familiales en sus.

Le bonus 2011 sera réparti entre les parties à raison de 60% en faveur de Madame X. \_\_\_\_\_ et 40% en faveur de Monsieur A.D. \_\_\_\_\_, le montant perçu devant être versé à l'épouse dans les 10 jours après que l'employeur de Monsieur [...] le lui l'aura versé.

II. La Convention du 18 janvier 2010 est maintenue pour le surplus."

Lors de l'audience de mesures provisionnelles et de conciliation du 6 avril 2011, le médecin d'X. \_\_\_\_\_ n'a pas témoigné au sujet de l'état de santé de sa patiente, dès lors que cette dernière a refusé de lever son secret médical.

### **En droit :**

**1. a)** Les voies de droit contre une ordonnance communiquée, comme en l'espèce, après le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [RS 272]; art. 405 al. 1 CPC), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

**b)** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), 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 (et selon l' art. 271

CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Formés 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 francs, les deux appels sont recevables.

**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, in JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43).

**3.** 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 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 136-137).

L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou 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 Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>ème</sup> éd., n. 2410 p. 437). 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., no 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, s'agissant par exemple de la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438 ; JT 2011 III 43).

En l'espèce, il faut admettre, nonobstant qu'elle ait été prévue dès la fin 2010, que la naissance le 24 juin 2011 d'un nouvel enfant de l'époux - d'un deuxième lit -, attestée par une pièce produite avec les déterminations de A.D. \_\_\_\_\_ sur l'appel de X. \_\_\_\_\_, constitue un élément nouveau dont il convient de tenir compte.

La pièce produite par l'appelante relative au calcul d'impôts 2011 n'est, en revanche, pas recevable, faute de remplir les conditions résumées ci-dessus. Il conviendra toutefois d'examiner ci-dessous si l'on doit reprocher au premier juge de ne pas avoir tenu compte des charges fiscales dans l'examen des charges des parties.

**4.** Dans un premier moyen, l'appelant revendique l'application de l'art. 125 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), soit la disposition prévoyant l'entretien après divorce, au motif que la vie commune ne reprendra pas, ce dont on peut lui donner acte, ne serait-ce qu'au vu de la naissance récente d'un enfant issu d'un deuxième lit. Il soutient également qu'on peut imputer à l'appelante un revenu

hypothétique lui permettant de vivre et que, partant, seul l'enfant [...] devrait bénéficier d'une contribution d'entretien.

**a)** Sur le premier point, soit l'application de l'art. 125 CC, l'appelant a raison. La jurisprudence a précisé que lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, même dans le cadre de mesures protectrices, le but de rendre les époux financièrement indépendants gagne en importance et qu'il faut dès lors se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce (TF 5A\_710/2009 du 22 février 2010 c. 4.1 et les réf. cit.; TF 5A\_205/2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010 p. 894). Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence en l'espèce.

**b)** En revanche, on ne saurait suivre l'appelant, qui se méprend d'ailleurs sur la notion de clean break, lorsqu'il demande à ce qu'un revenu hypothétique soit imputé à son épouse.

Selon la jurisprudence, une contribution d'entretien au sens de l'art. 125 CC est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux crédientier («lebensprägend»). Lorsqu'il a duré moins de cinq ans, le mariage est présumé ne pas avoir eu un impact décisif sur la vie des époux, mais la présomption peut être renversée (Bastons-Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, spéc. p. 93 et les réf. citées). La jurisprudence a précisé qu'indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs (TF 5A\_460/2008 du 30 octobre 2008 c. 3.2; TF 5A\_167/2007 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 c. 4; TF 5C.149/2004 du 6 octobre 2004 c. 4.3, publié in FamPra.ch 2005, p. 352; TF 5C.278/2000 du 4 avril 2001 c. 3a). 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; TF 5A\_478/2010 du 20 décembre 2010 c. 4.1.2). Sur le principe, l'imputation d'un revenu hypothétique, même au stade des mesures provisionnelles, est envisageable, notamment lorsque le crédientier omet

d'effectuer les démarches nécessaires raisonnables pour reprendre une activité (TF 5A\_848/2010 du 4 avril 2011 c. 2).

En l'espèce, deux obstacles entravent toutefois en l'état la capacité de gain de l'appelante : sa situation de santé et l'âge de l'enfant commun.

Il résulte d'un certificat médical clair, dont le contenu n'est du reste pas contredit par l'appelant, que l'appelante ne peut, en l'état, pas travailler. Une telle situation est très probablement de nature à évoluer pendant la procédure au fond, mais on ne saurait en faire abstraction au stade des mesures provisionnelles. Peu importe que l'appelante ait, à l'audience de mesures provisionnelles, refusé de délier son médecin du secret professionnel et peu importe qu'elle ait passé un week-end à Rome avec un compagnon. On ne saurait pas davantage tenir compte d'une rente AI à demander, comme le voudrait l'appelant, car, 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 d'une telle 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).

En outre, comme mentionné plus haut, il est reconnu que la capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus (TF 5C.237/2006 du 10 janvier 2007, c. 2.2; TF 5C.48/2001 du 28 août 2001 c. 4b, publié in FamPra.ch 2002, p. 145 ss, spéc. p. 148; ATF 115 II 6 c. 3c). Ces lignes directrices sont toujours valables dès lors que, comme par le passé, la garde et les soins personnels sont dans l'intérêt des enfants en bas âge, ainsi que de ceux en âge de scolarité, et que les soins personnels représentent un critère essentiel lors de l'attribution de la garde (TF 5A\_210/2008 du 14 novembre

2008 c. 3.2, non publié in ATF 135 III 158). Elles ne sont toutefois pas des règles strictes; leur application dépend des circonstances du cas concret (TF 5A\_241/2010 du 9 novembre 2010 c. 5.4.3). Ainsi, une activité lucrative apparaît exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison; en revanche, la reprise d'une activité lucrative ne peut raisonnablement être exigée lorsqu'un époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants (TF 5A\_6/2009 du 30 avril 2009 c. 2.2). Le juge du fait tient compte de ces lignes directrices dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui est le sien (ATF 134 III 577 c. 4; sur le tout: ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2). En l'espèce, c'est un autre motif - à savoir l'âge de l'enfant - qui exclut en l'état d'imputer un revenu hypothétique à l'appelante.

Ainsi, l'application des règles applicables à l'entretien après divorce ne saurait en l'espèce conduire au refus d'une contribution d'entretien en faveur de l'épouse et l'appel de A.D. \_\_\_\_\_ doit être rejeté sur le point principal.

**c)** Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, n. 118 ad art. 125 CC, p. 290). La détermination de celle-ci relève du pouvoir d'appréciation du juge qui applique les règles du droit et de l'équité. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Un arrêt récent du Tribunal fédéral (ATF 137 III 102 cons. 4.2.1) admet d'ailleurs dans une situation semblable (même si cet arrêt concernait une procédure au fond) qu'il est admissible de s'écarter d'un calcul selon les dépenses effectives des époux durant le mariage et de procéder selon la méthode du minimum vital élargi avec répartition de l'excédent.

Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (TF 5A\_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4; ATF 114 II 26; implicite in ATF 127 III 289, relatif à la charge fiscale), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b/bb). Un partage par moitié du montant disponible, alors que les charges n'ont été prises en compte que selon les normes du minimum vital, paraît inéquitable, notamment lorsque l'époux attributaire a la charge de plusieurs enfants communs (ATF 126 III 8 c. 3c, JT 2000 I 29; Perrin, la méthode du minimum vital, in SJ 1993 pp. 425 ss, spéc. p. 447). Un simple partage par deux du solde disponible ne répondrait ni au principe d'équivalence (l'époux qui s'occupe personnellement des enfants a une prétention qui permet de prélever, pour la satisfaction des besoins familiaux, tout ce qui excède les besoins élémentaires du débiteur), ni à la lettre et à l'esprit de l'art. 164 CC - applicable en cas de vie séparée - qui parle d'un montant équitable (Perrin, *ibidem*; ATF 114 II 301). Un partage du montant disponible par 60% en faveur de l'épouse et 40% pour l'époux, voire par 2/3 - 1/3 échappe dans un tel cas à la critique (Juge délégué CACI 18 février 2011/3; Juge délégué CACI 14 mars 2011/15).

En l'espèce, on ne voit pas d'autre solution, au vu des éléments du dossier et, notamment, du fait qu'on ignore les détails du train de vie des parties pendant le mariage, que de recourir à la solution du partage de l'excédent. Les deux parties l'admettent d'ailleurs, même si cette admission n'est qu'implicite en ce qui concerne l'appelant qui conclut principalement à la suppression de toute pension.

S'agissant de ce partage, la situation est ici particulière en raison de la naissance d'un nouvel enfant de l'appelant. Un partage de 60% de l'excédent en faveur de l'épouse, comme celle-ci le demande, n'entre pour ce motif pas en considération. En outre, la compagne de l'appelant est en congé maternité. Pour le reste, on ignore quelle est sa

situation professionnelle. Il serait toutefois excessif de ne pas retenir pour ce motif sa situation professionnelle dans le calcul du minimum vital de l'appelant dès lors que ce dernier admet implicitement qu'elle travaille, puisque l'existence d'un arrêt maladie implique par définition celle d'un emploi (cf. appel, p. 6 en bas) et qu'il ne s'oppose pas aux calculs consistant à n'admettre en ce qui le concerne qu'un demi-minimum vital et un demi-loyer (sur ce point, cf. le principe de la division par deux du montant de base LP qui paraît admise par le Tribunal fédéral en cas de concubinage en imputant hypothétiquement et systématiquement une participation du concubin [TF 5P.90/2002 du 1er juillet 2002 c. 2b/bb]). Dans ces conditions, même un partage 50-50% semble inapproprié : il y a un enfant dans chaque ménage et un partage par moitié défavoriserait arbitrairement le débirentier qui subirait deux fois les conséquences de la situation, une première fois par le fait qu'on ne tient compte que d'un demi-loyer et d'un demi-minimum vital au motif que sa compagne actuelle aurait un revenu, et, une seconde fois au moment de la répartition de l'excédent. Les particularités de la situation commandent une proportion inverse : 40% de l'excédent en faveur de l'épouse et 60% de l'excédent en faveur de l'époux et de son nouveau ménage.

**d)** Reste encore à calculer le minimum vital de l'une et l'autre des parties, dont certains des postes sont l'objet de contestation.

**d/aa)** L'appelante critique la décision du premier juge d'admettre un montant de 150 fr. pour l'exercice du droit de visite de l'appelant. Il convient cependant de confirmer ce montant, dès lors qu'il faut reconnaître que le droit de visite engendre des frais et qu'il n'y a rien de choquant à accorder un tel montant, qui est, au demeurant, celui généralement retenu par les tribunaux du canton de Vaud.

L'appel de l'appelante doit être rejeté sur ce point.

**bb)** Dans son appel du 25 mai 2011, l'appelant relève, à raison, qu'un montant de 400 fr. pour le minimum vital doit être introduit dans ses charges mensuelles en lien avec la naissance à intervenir de son enfant. Dès lors que son fils est né le 24 juin 2011, un montant de 400 fr.

fait effectivement partie de ses charges incompressibles en conformité avec 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 faillite de Suisse.

L'appel de A.D. \_\_\_\_\_ doit être admis sur ce point.

**cc)** L'appelant se plaint du fait que le premier juge a tenu compte de la franchise de l'assurance maladie de son épouse alors qu'il n'a pas retenu la sienne. Il faut le suivre sur ce point : s'il fait baisser ses primes avec une franchise importante, il paraît équitable de tenir compte de celle-ci et il serait excessif d'exiger au stade des mesures provisionnelles qu'il établisse au franc près la quotité de ses dépenses médicales. Il convient donc d'augmenter ex aequo et bono de 256 fr. à 400 fr. le montant admis à ce titre (contre 480 fr. admis par le premier juge pour l'appelante).

L'appel de A.D. \_\_\_\_\_ doit être admis sur ce point.

**dd)** L'appelant critique la prise en considération par le premier juge d'un montant de 300 fr. pour le véhicule de l'épouse. Nonobstant que celle-ci ne travaille pas, ce montant, qui ne représente qu'une petite partie des coûts totaux d'un véhicule, doit être confirmé, dans la mesure où le domicile de l'épouse est relativement excentré et que son fils rend certains déplacements indispensables (TF 5P.238/2005 du 28 novembre 2005 c. 4.2).

L'appel de A.D. \_\_\_\_\_ doit être rejeté sur ce point.

**ee)** L'appelant critique la prise en compte de 66 fr. de frais de cantine dans le minimum vital de son épouse.

Les frais de garde sont en principe admis pendant le travail du parent gardien (Juge délégué CACI 28 mars 2011/23; Bastons Buletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites,

SJ 2007 II p. 86). En l'espèce, il ne s'agit toutefois que de frais de cantine isolés et non de frais de garde, d'un montant modeste et de nature à contribuer à la socialisation de l'enfant. Le montant arrêté par le premier juge peut ainsi être confirmé. Au surplus, on relèvera que ce montant fait bonne mesure avec la confirmation des 150 fr. retenus pour l'exercice du droit de visite de l'appelant.

**ff)** Le premier juge n'a pas tenu compte des impôts de l'une ou l'autre des parties. Toutefois, les moyens financiers des parties ne sont pas tels qu'il y ait lieu de tenir compte des impôts (ATF 127 III 289 c. 2a/bb ; ATF 126 III 353 c. 1a/aa), dont le montant n'est d'ailleurs pas connu, dans le calcul de leur minimum vital. En outre, on rappellera que les dettes qui ne concernent qu'un seul des époux cèdent le pas à l'obligation d'entretien du droit de la famille et ne font pas partie du minimum d'existence. Il n'est pas arbitraire de ne pas prendre en compte les dettes d'impôt et de cotisations AVS qui chargent exclusivement un époux. Seules les dettes que les époux ont contracté pour l'entretien commun font partie du minimum vital (TF 5A\_452/2010 du 23 août 2010, in FamPra.ch 2011, n. 2, p. 165).

L'appel de X. \_\_\_\_\_ doit être rejeté sur ce point.

Vu ce qui précède, le minimum vital calculé par le premier juge doit être porté de 2'500 fr. à 3'000 fr. pour l'appelant et maintenu à 4'000 fr. pour l'appelante.

**5.** L'appelante se plaint du fait que le bonus prévu par le contrat de travail de son époux n'ait pas été pris en compte dans la détermination du revenu de celui-ci.

Si des parts de salaire, à l'instar de provisions, de pourboires ou de bonus, sont versées à intervalles irréguliers, voire si elles font l'objet d'un versement unique, et si leur montant est irrégulier, il convient de considérer le revenu comme variable, de sorte que les calculs se baseront

sur une valeur moyenne établie sur une période considérée comme représentative (TF 5A\_686/2010 du 6 décembre 2010 c. 2.3., FamPra.ch 2011 p. 483).

En l'espèce, les relations de travail actuelles de l'appelant n'ont débuté que le 31 mars 2011 et le premier bonus ne sera dû que pour la période prenant fin le 31 mai 2012. Dans ces conditions, on ne saurait prendre en compte le bonus dans le calcul de la pension provisionnelle, dès lors que cela reviendrait à exiger de l'appelant qu'il avance mois après mois un douzième d'un montant qu'il n'a pas encore reçu. Il convient en conséquence de rejeter l'appel sur ce point, les parties conservant la possibilité - si elles ne parviennent pas à s'entendre sur la base de la clé de répartition déterminée plus haut - d'obtenir de nouvelles mesures provisionnelles une fois le bonus versé et son montant connu.

En l'état, l'appel d' X. \_\_\_\_\_ doit être rejeté.

**6.** Enfin, l'appelante critique le dies a quo de la modification à la hausse de la contribution d'entretien admise par le premier juge.

La modification d'une contribution à l'entretien d'un époux qui a été fixée dans le cadre d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale est soumise à l'art. 179 CC, qui permet à chaque époux de solliciter la modification des mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances ont changé d'une manière essentielle et durable (Chaix, in Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 11 ad art. 173 CC et n. 4 ad art. 179 CC). Une telle modification déploie ses effets pour l'avenir et prend en principe effet au jour de l'entrée en force de la nouvelle décision ; si les circonstances le justifient, le juge a le pouvoir d'accorder un effet rétroactif aux nouvelles mesures ; cet effet ne peut en principe remonter à une date antérieure à celle du dépôt de la demande de modification et il n'est accordé qu'en présence de circonstances concrètes qui imposent une telle solution

(Chaix, op. cit., n. 6 ad art. 179 CC et les références citées; Juge délégué CACI 7 juin 2011/107).

En l'espèce, la requête de l'épouse date du 15 février 2011 et la contribution a été modifiée avec effets au 1<sup>er</sup> mars suivant. Au vu des principes résumés ci-dessus, cette décision n'a rien de critiquable et doit être confirmée.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

**7.** En définitive, il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la décision du premier juge doit être confirmée. Une fois déduits les minimaux vitaux, l'excédent s'élève en effet à 7'850 fr. (14'850 - 3'000 - 4'000). La pension allouée par le premier juge de 7'000 fr. à l'épouse, outre qu'elle correspond presque à la moitié du total des revenus de l'appelant, alors que le ménage de celui-ci comporte une personne adulte de plus qui ne peut en l'état travailler, revient à allouer à l'appelante 40% de l'excédent ce qui correspond à ce qui a été décidé plus haut.

**8.** Il apparaît ainsi que l'appelant obtient partiellement gain de cause, sur plusieurs points mineurs, mais échoue sur le point essentiel, à savoir le revenu hypothétique de l'épouse, alors que l'appelante, qui obtient gain de cause s'agissant du rejet de l'appel sur le point principal, voit ses propres conclusions relatives au calcul du minimum vital rejetées. Partant, la décision du premier juge doit être confirmée, les deux appels étant en définitive rejetés. Chaque partie supportera donc les frais de son propre appel et il n'y a pas matière à allocation de dépens.

**9.** Les frais de deuxième instance sont arrêtés à 900 fr. pour l'appelant et à 900 fr. pour l'appelante (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]). Les deux appels

étant rejetés, il n'y a pas matière en l'espèce à l'allocation de dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** Les appels de A.D. \_\_\_\_\_ et d'X. \_\_\_\_\_, sont rejetés.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'800 fr. (mille huit cents francs), sont mis à la charge de A.D. \_\_\_\_\_ par 900 fr. (neuf cents francs) et d'X. \_\_\_\_\_, par 900 fr. (neuf cents francs).
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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 Lorraine Ruf (pour A.D. \_\_\_\_\_),
- Me José Coret (pour X. \_\_\_\_\_).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est de 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 :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

Le greffier :