

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

---

---

Arrêt du 29 novembre 2011

---

Présidence de M. COLOMBINI, juge délégué  
Greffière : Mme Tchamkerten

\*\*\*\*\*

**Art. 30 al. 1 Cst.; 163 al. 1, 176 al. 1 ch. 1 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **X.A.**\_\_\_\_\_, à La Croix-sur-Lutry, requérante, contre le prononcé rendu le 26 avril 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **C.A.**\_\_\_\_\_, à La Croix-sur-Lutry, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 avril 2011, adressé pour notification aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a autorisé X.A.\_\_\_\_\_ et C.A.\_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée d'une année, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2011 (I); ratifié pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale la convention partielle signée par les parties à l'audience du 2 décembre 2010, confiant la garde des enfants F.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_ à la mère, le père jouissant d'un libre et large droit de visite, et attribuant la jouissance du domicile conjugal à la mère (II); dit que C.A.\_\_\_\_\_ 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 X.A.\_\_\_\_\_, d'un montant de 7'500 fr., allocations familiales en sus, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2010, sous réserve des paiements qu'il avait effectués pour l'entretien de sa famille depuis lors (III); rendu le prononcé sans frais ni dépens (IV); et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, le premier juge a implicitement considéré que la convention signée par les parties à l'audience présidentielle du 2 décembre 2010 pouvait être ratifiée, dès lors qu'elle correspondait à leur volonté et préservait l'intérêt des enfants. Pour déterminer le montant de la contribution d'entretien, il a appliqué la méthode du minimum vital, en tenant compte de charges supplémentaires, au vu de la situation financière des parties, et réparti l'excédent à raison de 60 % pour la mère, en raison du fait qu'elle avait la garde des enfants.

**B.** Par acte du 9 mai 2011, X.A.\_\_\_\_\_ a recouru contre ce prononcé en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation.

Par acte du même jour, X.A.\_\_\_\_\_ a fait appel de ce prononcé en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la

réforme du chiffre III de son dispositif en ce sens que la contribution d'entretien due par C.A.\_\_\_\_\_ en faveur des siens est arrêtée à 9'400 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1<sup>er</sup> octobre 2010, subsidiairement à son annulation. A l'appui de son appel, elle a produit un onglet de pièces sous bordereau et requis que soit ordonnée la production, en mains de l'employeur de l'intimé D.\_\_\_\_\_SA, de toute pièce attestant de l'intégralité des montants versés à quelque titre que ce soit (salaire, intéressement, bonus, primes, remboursement de frais) à C.A.\_\_\_\_\_.

Par décision du 8 juin 2011, le juge délégué de la cour de céans a donné suite à cette réquisition et ordonné la production de la pièce précitée par D.\_\_\_\_\_SA, qui s'est exécutée le 15 juin suivant.

Dans sa réponse du 20 juin 2011, C.A.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Il a produit un lot de pièces et formulé des réquisitions de production de pièces en mains de l'appelante, savoir tout document établissant que X.A.\_\_\_\_\_ avait exercé une activité professionnelle salariée jusqu'en 1990, notamment à Lausanne, Zurich et Schlieren (P. 1151), et tout document établissant les revenus déclarés par elle auprès des autorités fiscales pour l'activité indépendante qu'elle avait exercé de 1994 à 2003 (P. 1152).

Par décision du 23 juin 2011, le juge délégué de la cour de céans a donné suite à ces réquisitions et ordonné la production de pièces en mains de l'appelante.

Le 8 août 2011, l'appelante a indiqué ne pas avoir conservé les documents relatifs à l'activité professionnelle exercée par elle jusqu'en 1990 et précisé que le plus haut salaire réalisé cette année-là s'élevait à 1'800 francs. Quant aux documents fiscaux demandés, l'appelante a produit les déclarations d'impôts de 2001 à 2009 obtenues de l'Office d'Impôt de Cully, relevant que son époux, qui avait lui-même établi les déclarations d'impôt du couple, les avait toutes emportées avec lui lors de leur séparation.

Par courrier du 9 août 2011, l'intimé a requis qu'il soit fait application de l'art. 164 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), subsidiairement que l'appelante soit invitée à produire rapidement la pièce 1152, à confirmer qu'elle avait exercé une activité professionnelle salariée jusqu'en 1990 à Lausanne, Zurich et Schlieren et à détailler ses différentes activités professionnelles.

A la demande du juge délégué de céans, l'appelante a fourni des informations sur sa carrière professionnelle le 24 août 2011.

La procédure d'appel a été suspendue du 8 septembre 2011 au 20 octobre 2011, afin de permettre aux parties de poursuivre leurs pourparlers transactionnels qui ont finalement échoué.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

**1.** X.A.\_\_\_\_\_, née le [...] 1963, et C.A\_\_\_\_\_, né le [...] 1962, se sont mariés le [...] 1995 devant l'Officier de l'Etat civil de Zurich. Deux enfants sont issus de cette union : F.\_\_\_\_\_, née le [...] 1995, et S.\_\_\_\_\_, née le [...] 1997.

En proie à des difficultés conjugales, les parties se sont séparées le 1<sup>er</sup> septembre 2010.

**2.** La situation personnelle et matérielle des parties est la suivante :

**a)** X.A.\_\_\_\_\_ a effectué un apprentissage de bijoutière sans obtenir de CFC. Elle n'a exercé aucune activité salariale pendant la durée du mariage. Indépendante, elle possède un magasin de bijoux à Cully, où elle vend ses propres créations. Ainsi que cela ressort de sa déclaration d'impôt 2009, cette activité est déficitaire et a accusé une perte de 2'888 francs.

L'appelante dispose d'une fortune personnelle d'environ 300'000 fr. sous forme de comptes épargne. Ses parents lui ont versé les 23 janvier 2008, 7 janvier 2009 et 11 janvier 2010 chaque fois un montant de l'ordre de 50'000 fr., le dernier versement portant l'indication "prêt héritage". Le rendement de cette fortune n'est pas connu mais peut être estimé à 150 fr. par mois.

Ses charges mensuelles sont les suivantes:

- Base mensuelle pour elle-même :	Fr. 1'350.00
- Base mensuelle pour les deux enfants :	Fr. 1'200.00
- Charges de la maison familiale :	Fr. 2'200.00
- Assurance-maladie :	Fr. 480.30
- Frais de transport :	Fr. 250.00
- Impôt courants :	Fr. <u>957.00</u>
<b>Total :</b>	<b>Fr. 6'437.30</b>

**3. b)** C.A.\_\_\_\_\_ est directeur de la succursale romande de la société D.\_\_\_\_\_SA. Son contrat de travail prévoit un salaire annuel brut de 175'000 fr., versé en douze mensualités, majoré d'un bonus annuel d'au minimum 15'000 francs. En 2009, son revenu annuel s'est élevé à 199'995 fr., bonus par 30'000 fr. compris. Il ressort du certificat de salaire établi par l'employeur qu'en 2010, l'intimé a perçu une bonification brute de 18'000 fr. et que le salaire net s'est élevé pour cette même année à 187'401 fr., soit 15'616 fr. par mois.

Ses charges mensuelles sont les suivantes :

- Base mensuelle pour lui-même :	Fr. 1'200.00
- Frais droit de visite :	Fr. 150.00
- Loyer mensuel, charges comprises :	Fr. 1'980.00
- Assurance-maladie :	Fr. 449.30
- Assurance-vie enfants :	Fr. 208.00
- Impôts courants :	Fr. <u>1'566.00</u>

**Total :**

**Fr. 5'553.30**

**3.** Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 1<sup>er</sup> octobre 2010, X.A. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit pris acte du fait que les parties vivaient séparées depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2010 pour une durée indéterminée, que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée, que la garde sur les enfants lui soit confiée, que le droit de visite de C.A. \_\_\_\_\_ soit fixé à dires de justice, et à ce que celui-ci soit astreint à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'un montant fixé à dires de justice, allocations familiales non comprises, dès et y compris le 1<sup>er</sup> septembre 2010.

Dans ses déterminations du 30 novembre 2010, C.A. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par son épouse, à ce que les parties soient autorisées à vivre séparément jusqu'au 31 mars 2011, que la jouissance du domicile conjugal soit attribuée à X.A. \_\_\_\_\_, que la garde des enfants soit confiée à celle-ci, lui-même bénéficiant d'un large droit de visite incluant les mardis soirs, qu'il contribue à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 5'200 fr., allocations familiales en sus, sous déduction des différents frais courants qu'il avait déjà payés et à ce que X.A. \_\_\_\_\_ soit invitée à reprendre une activité lucrative le plus rapidement possible, mais d'ici le 31 mars 2011 au plus tard.

Les parties, assistées de leurs conseils respectifs, ont été entendues lors de l'audience présidentielle du 2 décembre 2010. Lors de cette audience, elles ont signé une convention partielle. X.A. \_\_\_\_\_ a précisé sa conclusion relative à la contribution d'entretien due par son mari, en ce sens que celle-ci soit fixée à 10'000 francs.

**En droit :**

**1. a)** Le prononcé entrepris a été rendu le 26 avril 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

**b)** X.A. \_\_\_\_\_ a contesté ce prononcé par la voie de l'appel et du recours.

La voie de droit ouverte ne se détermine pas en fonction des moyens invoqués, mais de la nature de la décision attaquée voire de la valeur litigieuse (Jeandin, CPC annoté, n. 7 ad Intro ad art. 308 - 334 CPC). L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Le recours, voie de droit subsidiaire par rapport à l'appel ordinaire, vise les décisions finales, incidentes et provisionnelles qui ne peuvent faire l'objet d'un appel.

En l'espèce, la voie de l'appel étant ouverte contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 308 al. 1 let. b CPC), le recours est irrecevable. Les moyens qui y sont invoqués pourront toutefois être examinés dans le cadre de l'appel.

**c)** Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 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 vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

**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, op. cit., JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43; Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel ne peut qu'à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (Tappy, op. cit., JT 2010 III 148).

**b)** L'instance d'appel peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC). 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).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées.

Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, op. cit. n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43), à la suite d'un courant doctrinal (Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2e éd., no 2410 p. 437) considère que les novas sont soumis au régime ordinaire, mais 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, par exemple sur 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; sur le tout: JT 2011 III 43).

En l'espèce, les pièces produites par les parties l'ont été sans retard. Elles visent à déterminer le montant de la contribution d'entretien due notamment pour des enfants mineurs. La plupart d'entre elles ont en outre été établies postérieurement à l'audience présidentielle du 2 décembre 2010. Dans ces conditions, elles sont tenues pour recevables.

**c)** L'intimé a requis qu'il soit fait application de l'art. 164 CPC, estimant que l'appelante avait refusé de produire des pièces de manière injustifiée.

Aux termes de cette disposition, si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves. Le refus de collaborer d'une partie peut se rapporter à chacune des hypothèses visées à l'art. 160 al. 1 CPC, soit notamment la production de documents (let. b). Cette disposition autorise le juge à tenir des faits non établis pour avérés au détriment de la partie qui se refuse à collaborer, en dépit du fait qu'en vertu de l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) le fardeau de la preuve objectif

incombe à la partie adverse (Jeandin, CPC commenté, nn. 5 et 7 ad art. 164 CPC).

En l'espèce, l'appelante s'est expliquée de manière convaincante sur les raisons pour lesquelles elle n'avait pas été en mesure de produire les pièces requises, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'art. 164 CPC.

**3. a)** L'appelante fait valoir que le prononcé a été rendu le 26 avril 2011 par le président Wermelinger, alors que celui-ci avait déjà pris sa retraite.

**b)** Selon l'art. 30 al. 1 Cst. (Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999; RS 101), toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Selon la jurisprudence, le droit des parties à une composition régulière du tribunal impose des exigences minimales en procédure cantonale; il interdit les tribunaux d'exception et la mise en œuvre de juges ad hoc ou ad personam et exige dès lors, en vue d'empêcher toute manipulation et afin de garantir l'indépendance nécessaire, une organisation judiciaire et une procédure déterminées par un texte légal (ATF 129 V 335 c. 1.3 et les réf. citées; ATF 127 I 196 c. 2b). Le droit à un tribunal établi par la loi est notamment violé lorsqu'un juge participe encore à la décision après la fin de sa période de fonction. La composition irrégulière de la juridiction est un vice fondamental, qui ne peut pas être réparé; seul un nouveau jugement, rendu par un tribunal établi conformément à la loi, est susceptible de rétablir une situation conforme au droit. Il faut cependant distinguer le cas où les juges ont cessé leur fonction avant que le tribunal ne statue de celui où ils l'ont quitté une fois que le tribunal a rendu son arrêt mais avant qu'il n'en ait notifié les considérants. Dans cette dernière hypothèse uniquement, il est admissible que la rédaction de l'arrêt soit soumise à l'approbation des juges après la fin de leur activité (TF

1C\_235/2008 du 13 mai 2009 c. 3.2.1 et les réf. citées; TF 9C\_185/2009 du 19 août 2009 c. 2.1.2; Juge délégué CACI 20 juin 2011/96).

**c)** En l'espèce, le président Wermelinger a tenu audience le 2 décembre 2010 et a statué immédiatement à huis clos, ainsi que cela résulte de la décision attaquée. Il est notoire que ce magistrat a pris sa retraite le 31 décembre 2010. L'arrêt motivé a été envoyé pour notification aux parties le 26 avril 2011. Au vu de la jurisprudence susmentionnée, dès lors que la décision a été prise immédiatement après l'audience du 2 décembre 2010, soit avant la retraite du magistrat concerné, il importe peu que les considérants n'en aient été communiqués aux parties qu'après la date de cette retraite.

Le moyen est par conséquent infondé.

**4.1.** Est litigieux en l'espèce le montant de la contribution d'entretien due par l'intimé en faveur des siens.

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Il le fait en application de l'art. 163 al. 1 CC. Le montant de la contribution d'entretien 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. En cas de situation financière favorable, il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien du train de vie antérieur, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités ; TF 5A\_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010, p. 894). C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 ; TF 5A\_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour fixer les contributions d'entretien. 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. 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). Tel est en particulier le cas lorsque l'épouse attributaire a la charge d'enfants communs (ATF 126 III 8 c. 3c, JT 2000 I 29; Perrin, la méthode du minimum vital, in SJ 1993 p. 425 et ss) où un partage du montant disponible par 60 % en faveur de l'épouse et 40 % pour l'époux, voire 2/3-1/3 échappe à la critique (Juge délégué CACI 18 février 2011/3; Juge délégué CACI 14 mars 2011/15). Selon la jurisprudence, dans le domaine du droit de la famille, le minimum vital du débiteur de l'entretien ne doit pas être entamé (ATF 135 III 66; ATF 133 III 57 c. 3 et les réf. citées, JT 2007 I 351).

C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 p. 425; arrêt 5A\_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2). Cette jurisprudence concerne précisément le cas d'une épouse qui a bénéficié d'un train de vie confortable pendant la vie commune et qui allègue avoir droit à plus de 50 % de l'excédent pour couvrir ses dépenses (Juge délégué CACI 6 juillet 2011/146).

**4.2.** L'intimé soutient que toute augmentation de la contribution d'entretien mise à sa charge est exclue, car elle permettrait à l'appelante de vivre sur un train de vie supérieur à celui adopté avant la séparation.

En l'espèce, pour motiver ses conclusions tendant à augmenter la contribution d'entretien, l'appelante ne fait pas valoir une

répartition de l'excédent supérieure à celle, usuelle, de 40 % pour son époux et de 60 % pour elle-même découlant du fait qu'elle assume la garde des enfants. Le décompte de dépenses établi unilatéralement par l'intimé n'apporte pas la preuve du train de vie mené par la famille pendant la vie commune. En particulier, l'intimé n'allègue pas que les époux auraient régulièrement épargné durant la vie commune, menant un train de vie modeste par rapport au revenu. Au demeurant, il est notoire que le fait de devoir assumer deux ménages séparés est plus onéreux qu'un seul ménage.

Ce moyen est infondé et ne dispense pas de l'examen des moyens de l'appelante.

**4.3. a)** L'appelante fait valoir que la charge fiscale a été entièrement retenue du côté de l'intimé à l'appel, alors qu'elle-même devra supporter une partie de cette charge, à la suite de la séparation. L'intimé relève que lorsque la décision a été rendue, soit au terme de l'audience du 2 décembre 2010, les parties n'étaient pas encore imposées de manière séparée. Selon lui, l'imposition séparée étant un fait nouveau, survenu postérieurement au moment où la décision attaquée a été prise, il ne saurait justifier l'admission de l'appel.

**b)** Si les moyens du débirentier sont insuffisants, il faut partir de son minimum vital, sans prendre en considération la charge fiscale (ATF 127 III 289 c. 2a/bb ; 126 III 353 c. 1a/aa). Le Tribunal fédéral a considéré qu'un solde de plus de 500 fr. à répartir entre les époux justifiait que la charge fiscale courante d'impôts soit prise en considération (TF 5A\_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.3.3). Lorsque la charge fiscale est prise en compte, elle doit l'être chez les deux époux (Juge délégué CACI 4 mai 2011/65).

**c)** Les parties ne contestent à juste titre pas que, la situation étant favorable, la charge fiscale des époux doit être prise en compte. Contrairement à ce que soutient l'intimé, il peut être tenu compte de faits postérieurs à l'introduction de l'appel (art. 317 al. 1 let. b CPC). La doctrine

dont il se prévaut (Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale, in JT 1994 III 59-60), antérieure à l'entrée en vigueur du code de procédure fédérale, a perdu sa pertinence sous l'empire du code de procédure civile fédérale. Elle n'était d'ailleurs pas suivie par la jurisprudence, s'agissant de questions touchant le sort d'enfants communs, y compris la fixation d'une pension provisionnelle globale (JT 2004 III 76). Il résulte des pièces produites en appel que les époux sont imposés de manière séparée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011. La charge fiscale de l'intimé se monte à 1'566 fr. par mois (soit 1'396 fr. d'impôt cantonal et communal et 170 fr. d'impôt fédéral). S'agissant de la charge de l'appelante, on peut retenir l'estimation de 957 fr. par mois faite par l'appelante (pièce 201), qui n'est pas contestée par l'intimé en appel.

Le moyen doit par conséquent être admis dans cette mesure.

**4.4.** L'appelante estime que le bonus perçu par l'intimé pour l'année 2010 devrait s'élever à 30'000 fr. au moins et non au seul montant de 17'000 fr. retenu par la décision attaquée. Il y aurait lieu de retenir un revenu net mensuel de 16'130 fr. au lieu de 14'647 francs.

Il ressort du certificat de salaire produit par l'employeur que l'intimé a perçu pour 2010 une bonification brute de 18'000 francs. Le salaire net pour cette même année s'est élevé, au total, bonification comprise, à 187'401 fr., soit 15'616 fr. par mois. C'est ce montant qui est déterminant. Contrairement à ce que soutient l'intimé, il n'y a pas lieu d'en déduire les allocations familiales, dont il n'est pas établi qu'elles seraient comprises dans le salaire, ni la part privée de la voiture de service, qui entre dans les revenus (TF 5C\_282/2002 du 27 mars 2003, c. 2.2; TF 5A\_686/2010 du 6 décembre 2010 c. 2.3., publié in FamPra.ch. 2011 p. 483).

Le moyen est bien fondé dans cette mesure.

**4.5. a)** L'intimé oppose qu'en faisant preuve de bonne volonté, l'appelante pourrait réaliser un revenu mensuel net de 2'300 fr., correspondant à une activité à mi-temps, à tout le moins depuis le mois d'avril 2011.

**b)** 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. citées).

Un conjoint peut ainsi se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération: s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 III 4 c. 4 ; ATF 127 III 136 c. 2a in fine p. 139). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2 ; Gloor, in Basler Kommentar, 3e éd., n. 10 ad art. 137 CC). Dans chaque cas concret, il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle prenne une activité lucrative, ou augmente celle qu'elle exerce déjà, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, cas échéant, du temps plus ou moins long durant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle (ATF 114 II 13 c. 5; ATF 114 II 301 c. 3a). S'il entend exiger de lui qu'il reprenne une activité lucrative, il 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; ATF 114 II 13 c. 5; sur tous ces points, TF 5A\_743/2010 du 10 février 2011 c. 4).

Il existe une présomption de fait selon laquelle il est déraisonnable d'exiger la reprise d'une activité lucrative au-delà de l'âge de 45 ans, mais cette limite d'âge ne doit pas être considérée comme une règle stricte (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.1 et les réf. citées). La présomption peut être renversée, en fonction d'autres éléments qui plaideraient en faveur de la prise ou de l'augmentation d'une activité lucrative. La limite d'âge tend à être augmentée à 50 ans (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2; TF 5A\_206/2010 du 21 juin 2010 c. 5.3.2 et les arrêts cités).

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 (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, publié in ATF 135 III 158).

**c)** En l'espèce, les époux vivent séparés depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Les enfants sont nés le [...] 1995, respectivement le [...] 1997. Indépendante, l'appelante possède un magasin de bijoux à Cully depuis 2003, où elle vend ses propres créations. Cette activité est déficitaire. La séparation est trop récente pour que l'on se fonde sur les critères applicables à l'entretien après le divorce. D'autre part, il ne peut être exigé de l'appelante, sans une période d'adaptation, qu'elle abandonne son activité indépendante. Enfin, il est rappelé que les mesures protectrices litigieuses sont fixées jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2011, durée de la séparation prononcée. On ne saurait dès lors retenir en l'état une capacité de gain hypothétique. Toutefois, il importe que l'appelante

cherche à l'avenir une activité dépendante au moins à mi-temps, voire à plein temps lorsque la cadette aura atteint l'âge de 16 ans, dès lors que son activité indépendante est déficitaire et ne saurait être poursuivie. Si elle ne le fait pas, un revenu hypothétique pourrait lui être reconnu, suivant les circonstances.

**4.6.** L'intimé fait valoir que le revenu de la fortune de l'appelante serait de 500 fr. par mois. Le premier juge a retenu que l'appelante disposait d'une fortune de l'ordre de 300'000 fr., que le montant des intérêts que lui rapportaient ces comptes n'était pas connu, mais qu'il s'agissait vraisemblablement d'un montant inférieur à 2'000 fr. par an. A défaut d'autres pièces produites en deuxième instance, il n'y a pas lieu, s'agissant d'une fortune sous forme de comptes épargne, de retenir que ces comptes procurent un intérêt supérieur. On peut retenir de ce chef un revenu de la fortune de 150 fr. par mois.

Mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

**4.7.** L'intimé soutient qu'il y aurait lieu de tenir compte des versements réguliers effectués par les parents de l'appelante dans les revenus de celle-ci. Le premier juge a admis que les parents de l'appelante avait effectué en faveur de celle-ci trois versements de l'ordre de 50'000 fr. en janvier 2008, 2009 et 2010, le dernier versement portant l'indication "prêt héritage". Que l'on considère qu'il s'agisse de donations, de prêts ou d'avancement d'hoirie, ces versements ne constituent pas des revenus. Tout au plus peut-on tenir compte des revenus de cette fortune, ce qui a été fait sous considérant 4.6 ci-dessus.

Ce moyen doit par conséquent être rejeté.

**4.8.** a) De manière plus générale, l'intimé considère que l'on doit exiger de l'appelante qu'elle entame sa fortune pour assumer une part de son entretien.

**b)** Selon la jurisprudence, lorsque les revenus du travail des époux suffisent à leur entretien, la substance de la fortune n'est normalement pas prise en considération (TF 5A\_827/2010 du 13 octobre 2011 c. 5.2.).

Suivant la fonction et la composition de la fortune des époux, on peut toutefois attendre du débiteur d'aliments – comme du créancier – qu'il en entame la substance. En particulier, si elle a été accumulée dans un but de prévoyance pour les vieux jours, il est justifié de l'utiliser pour assurer l'entretien des époux après leur retraite ; en revanche, tel n'est en principe pas le cas lorsque les biens patrimoniaux ne sont pas aisément réalisables, qu'ils ont été acquis par succession ou investis dans la maison d'habitation (ATF 129 III 7 c. 3.1.2). En outre, pour respecter le principe d'égalité entre les époux, on ne saurait exiger d'un conjoint qu'il entame sa fortune que si on impose à l'autre d'en faire autant, à moins qu'il en soit dépourvu (TF 5A\_827/2011 du 13 octobre 2011 c. 5.2).

**c)** En l'espèce, les conditions jurisprudentielles pour admettre exceptionnellement la prise en considération de la fortune du créancier ne sont pas réalisées, les moyens suffisant à l'entretien.

Le moyen est infondé.

**4.9.** L'intimé remet en cause d'autres postes du minimum vital, savoir les charges de la maison familiale, les frais de transport de l'appelante et les frais engendrés par les loisirs des enfants.

**4.9.1.** Le premier juge a retenu un montant de 1'000 fr. à titre de charges de la maison familiale. Il a relevé que les pièces produites ne permettaient pas de déterminer avec précision ces charges et qu'il manquait certains frais dont ceux de chauffage qui devaient être importants et qui, selon les dires de l'intimé lui-même, devaient s'élever à 300 fr. par mois environ. En l'absence de pièces, il paraissait dès lors équitable de retenir un montant de 1'000 francs.

Les pièces produites par l'intimé en deuxième instance établissent des frais d'eau et d'électricité de 3'571 fr. par année. Pour le surplus, il incombait à l'appelante d'établir le montant des charges dont elle se prévaut. En l'absence de pièces, on ne saurait retenir un montant supérieur aux 600 fr. admis par l'intimé, d'autant qu'il paraît raisonnable de retenir un montant de l'ordre de 300 fr. pour les charges autres que celles d'eau et électricité. Les charges liées à l'immeuble doivent par conséquent être réduites de 400 fr. et être fixées, intérêts hypothécaires par 1'600 fr. compris, à 2'200 francs.

**4.9.2.** Le premier juge a retenu un montant de 250 fr. à titre de frais de véhicule dans les charges de l'appelante. Ceux-ci peuvent être confirmés, vu l'activité indépendante exercée en l'état - même si celle-ci est déficitaire - et la présence d'enfants.

**4.9.3.** Le premier juge a retenu 300 fr. de frais mensuels engendrés par les loisirs des enfants. Dès lors que l'on applique la méthode du minimum vital et qu'il n'est par ailleurs pas établi que le maintien du train de vie antérieur nécessiterait de s'écarter de cette méthode (cf. supra cons. 4.1), il n'y a pas lieu de tenir compte de tels frais dans les charges incompressibles.

**5.** En définitive, les revenus des époux s'élèvent à 15'766 fr. (15'616 fr. + 150 fr.). Leurs charges incompressibles sont de 11'990 fr. 60 (6'437 fr. 30 + 5'553 fr. 30). L'excédent est de 3'775 fr. 40. Le minimum vital de l'épouse (arrondi) est de 6'437 francs. Compte tenu de revenus de 150 fr., son découvert est de 6'287 francs.

Elle a droit à son découvert, par 6'287 fr., plus 60 % de l'excédent, par 2'265 fr., soit 8'552 fr., arrondi à 8'500 francs.

**6.** En conclusion, l'appel est partiellement admis. Le chiffre III du prononcé entrepris doit être réformé en ce sens que C.A. \_\_\_\_\_

contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 8'500 fr., dès et y compris le 1<sup>er</sup> octobre 2010.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr. (art. 65 al. 2 et 63 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à charge des parties, chacune par moitié. L'intimé devra verser à l'appelante la somme de 450 fr., à titre de restitution d'une partie de son avance de frais, ainsi que 700 fr. à titre de dépens réduits.

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.** Le prononcé est réformé au chiffre III de son dispositif comme il suit :

III. dit que C.A.\_\_\_\_\_ 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 X.A.\_\_\_\_\_, d'un montant de 8'500 fr. (huit mille cinq cent francs), allocations familiales en sus, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2010, sous réserve des paiements qu'il a effectués pour l'entretien de sa famille depuis lors.

Il est confirmé pour le surplus.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs), sont mis à la charge de l'appelante par 450 fr. (quatre cent cinquante francs) et à la charge de l'intimé par 450 fr. (quatre cent cinquante francs).

**IV.** L'intimé C.A.\_\_\_\_\_ doit verser à l'appelante X.A.\_\_\_\_\_ la somme de 1'150 fr. (mille cent cinquante francs) à titre de remboursement d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 30 novembre 2011

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 Diego Bischof, avocat (pour X.A.\_\_\_\_\_),
- Me Vivian Kühnlein, avocat (pour C.A.\_\_\_\_\_).

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).

La greffière :