

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 31 mai 2011

Présidence de M. PELLET, juge délégué
Greffier : M. Elsig

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.H.**_____, à Gilly, demandeur, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 28 mars 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.H.**_____, à Aigle, défenderesse, 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 28 mars 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a maintenu les chiffres I, II, III, IV et VI du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 28 septembre 2010 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte (I), ratifié le chiffre I de la convention partielle de mesures protectrices de l'union conjugale signée par les parties à l'audience du 9 mars 2011 (II), dit que le demandeur A.H._____ contribuera à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 5'000 fr., éventuelles allocations familiales en sus, dès le 1^{er} mars 2011 (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et rendu le prononcé sans frais ni dépens (V).

En droit, le premier juge a considéré que l'on pouvait exiger du demandeur qu'il entame sa fortune pour maintenir dans une certaine mesure le train de vie de la famille avant la séparation.

B. A.H._____ a interjeté appel contre ce prononcé en concluant, avec dépens, à sa modification en ce sens que la contribution mise à sa charge pour l'entretien de sa famille est fixée à 2'000 fr. par mois dès le 1^{er} février 2011. Il a produit un bordereau de pièces.

L'intimée B.H._____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel. Elle a produit un bordereau de pièces.

C. Le juge délégué retient les faits suivants :

Le demandeur A.H._____, né le [...] 1962, de nationalité luxembourgeoise, et la défenderesse B.H._____, née le [...] 1974, de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 2007. Deux enfants sont issus de

cette union : C.H._____, née le [...] 2007, et D.H._____, née le [...] 2009.

Les parties vivent séparées depuis le mois de juillet 2010.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale d'extrême urgence du 5 août 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a notamment autorisé les parties à vivre séparées pour une durée d'une année (I), attribué au demandeur la jouissance de domicile conjugal, à charge pour lui d'en payer les charges (II), attribué la garde des enfants à la mère (III) et accordé un droit de visite surveillé au père (IV).

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 septembre 2010, ce magistrat a confirmé les chiffres I et II du prononcé du 5 août 2010, confié un mandat d'enquête au Service de protection de la jeunesse (SPJ) (III), confirmé l'attribution à la mère de la garde sur les enfants (IV), accordé au père un droit de visite surveillé par l'intermédiaire du Service Trait d'Union de la Croix-Rouge vaudoise (V), dit service étant mandaté pour la mise en place des modalités du droit de visite (VI), et fixé à 10'500 fr. par mois, allocations familiales en sus, la contribution due par le demandeur pour l'entretien des siens dès le 1^{er} juillet 2010 (VII).

Au moment de la séparation des parties, le demandeur percevait des indemnités pour perte de gain d'un montant de 19'411 fr. par mois, dit montant variant suivant que les mois comptaient trente ou trente-et-un jours. Le versement de ces indemnités a pris fin le 18 février 2011 en raison de la survenance de la durée maximale de prestation de six cent septante jours.

Le demandeur a en outre perçu, de son ancien employeur, dans le courant de l'année 2010, une indemnité de départ de 210'000 fr. brut, soit 199'195 francs 50 net à la suite de la fin des rapports de travail au 30 novembre 2009. Le demandeur a déclaré avoir prélevé sur ce montant une somme de 45'000 fr. pour l'investir dans une start-up d'outre

mer, qui ne lui rapporterait aucun revenu, ainsi qu'une somme de 40'000 fr., investie dans une société de taxis qui a subi une perte de 9'067 fr. 48 durant l'année 2010. Il ne lui resterait dès lors plus qu'un solde de 114'195 fr. 50.

Le demandeur est propriétaire d'un appartement au Luxembourg, hypothéqué à concurrence de 78'000 €, qui, selon ses déclarations, lui rapporterait 500 € net par mois (soit 640 fr. au taux de 1,28).

Le demandeur s'est inscrit au chômage au début du mois de mars 2011. Il perçoit des indemnités de chômage pour un montant total mensuel de 8'085 francs.

Ses charges mensuelles essentielles s'élèvent à 5'135 fr. 61 (1'796 fr. 69 de charges hypothécaires, 737 fr. 50 d'amortissement, 547 fr. 17 de contribution au 3^{ème} Pilier A, 554 fr. 25 d'assurance-maladie, 300 fr. de frais de déplacements professionnels et 1'200 fr. de montant de base).

La défenderesse travaille pour l'Etat de Genève à 60 %, réalisant un salaire mensuel net de 3'255 fr. 55 versé treize fois l'an (soit 3'526 fr. 80 en moyenne mensuelle). Ses charges mensuelles essentielles s'élèvent à 7'031 fr. 20 (2'140 fr. de loyer, 130 fr. de place de parc, 370 fr. 60 de primes d'assurance-maladie pour elle-même, 115 fr. 30 d'assurance-maladie pour chacun des enfants, 600 fr. de frais de garçon au pair, 850 fr. de maman de jour, 200 fr. de frais de garderie pour C.H._____, 360 fr. de frais de transport, 1'350 fr. de montant de base pour elle-même et 400 fr. de montant de base pour chacun des enfants)

Par acte du 6 janvier 2011 adressé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, A.H._____ a notamment conclu à la modification de la contribution d'entretien en cause dès le 18 février 2011 (IV).

La défenderesse a conclu, avec dépens, notamment au rejet de dite conclusion.

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 28 mars 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre une ordonnance 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). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). 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 en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs, l'appel est formellement 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., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., 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., 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 (ibidem, pp. 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) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de 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*, 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, 2010, n. 7 ad art. 317 CPC, pp. 1498-1499; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC, pp. 2032-2033). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à

des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits 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^{ème} éd., 2010, 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., n. 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., 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; sur le tout JT 2011 III 43).

c) Chacune des parties a produit un bordereau de pièces. A l'exception de la pièce n° 3 du bordereau de l'appelant, soit les décomptes de l'assurance-chômage des 7 et 28 mars 2011, de la pièce n° 6 du bordereau de l'appelant (simulation d'impôt 2010) qui figure au dossier de première instance, et de la pièce n° 34 du bordereau de l'intimée, soit le commandement de payer que l'intimée a fait notifier à l'appelant le 9 mai 2011, toutes les autres pièces pouvaient être produites en première instance et les parties ne démontrent pas pourquoi elles n'ont pas été en mesure de le faire à ce moment. Seules les pièces n° 3 et 6 du bordereau de l'appelant et n° 34 du bordereau de l'intimée sont en conséquence recevables. Il ressort de la première que les indemnité de chômage de l'appelant s'élèvent à 8'085 francs net par mois et non à 8'400 fr. comme retenu par le premier juge. La simulation d'impôt 2010 n'apparaît quant à elle pas probante, des montants y ayant été ajoutés à la main par une personne inconnue.

3. L'appelant fait valoir qu'il ne lui reste plus que 27'835 fr. de l'indemnité de départ qu'il a perçue et qu'il est à prévoir que sa dette d'impôt pour l'année 2010 s'élèvera à 160'000 francs. Il conteste le revenu locatif de l'appartement du Luxembourg et soutient qu'il n'a pas à entamer sa fortune dans la mesure admise par le premier juge pour assurer l'entretien de sa famille. Il soutient que l'intimée est en mesure d'augmenter son taux d'activité et qu'il convient d'appliquer les principes de l'art. 125 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), vu la rupture définitive du lien conjugal.

L'intimée soutient notamment que l'indemnité de départ perçue par l'appelant devrait permettre de maintenir le train de vie de la famille pendant encore dix-huit mois.

D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe, en application de l'art. 163 al. 1 CC, 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. 2 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). 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, en particulier pour examiner la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (ATF 128 III 65 c. 4a, JT 2002 I 459).

En ce qui concerne les prestations en argent, les revenus (du travail ou de la fortune) entrent en ligne de compte au premier chef. Le revenu du travail est celui résultant de la mise en œuvre de la force de travail en dehors du cercle familial (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2ème éd., 2010, n° 01.30, p. 13). Il comprend le treizième salaire, les éventuelles indemnités de perte de gain, les gratifications – pour autant qu'elles constituent un droit du salarié –, les défraiements, s'ils ne correspondent pas à des frais effectif encourus par

le travailleur, et les heures supplémentaires (Chaix, Commentaire romand, 2010, n. 7 ad art. 176 CC, p. 1236).

La prise en compte de la fortune n'intervient qu'à titre subsidiaire et avec retenue. Ce n'est en principe que lorsque les revenus ne permettent pas de couvrir le minimum vital du créancier que le conjoint débiteur peut être contraint d'engager son capital (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 2007 II 83 et références; Hausheer/Spycher, op. cit., n° 05.66, p. 266; TF 5P.173/2002 du 29 mai 2002 c. 5a; ATF 134 III 581 c. 3.3, JT 2009 I 267).

En l'espèce, l'appelant perçoit des prestations de l'assurance chômage d'un montant mensuel de 8'085 fr. net. A ce revenu, il convient d'ajouter 640 fr. de revenu immobilier de l'appartement au Luxembourg. Ce montant a été retenu par le premier juge sur la base des propres déclarations de l'appelant, de sorte que l'on comprend mal pourquoi celui-ci le conteste en deuxième instance. Il n'y a pas lieu de considérer l'indemnité de départ comme un revenu actuel de l'appelant, dite indemnité ayant été versée en 2010 à la suite de la fin des rapports contractuels survenue en 2009. Compte tenu de frais essentiels s'élevant à 5'135 fr. 61, il bénéficie d'un disponible de 3'589 fr. 40.

Le premier juge a retenu qu'il manque à l'intimée un montant arrondi à 3'600 fr. pour couvrir son minimum vital (7'031 fr. 20 de dépenses essentielles - 3'526 fr. 80 de revenus). On ne saurait exiger de l'intimée qu'elle augmente son taux d'activité dès lors qu'elle a la garde des deux enfants qui sont en bas âge (cf. ATF 134 III 577 c. 4; TF 5A_210/2008 du 14 novembre 2008 c. 3; TF 5A_241/2010 du 9 novembre 2010 c. 5.4). Au vu de la jurisprudence susmentionnée, on peut exiger de l'appelant qu'il entame sa fortune, par 10 fr. 60 par mois, pour couvrir ce minimum vital, mais pas pour maintenir le train de vie antérieur des parties, de sorte que la contribution d'entretien en cause doit être fixée à 3'600 fr. par mois.

Le recours doit être admis partiellement sur ce point.

4. En conclusion, le recours doit être admis partiellement et le prononcé réformé en ce sens que la contribution due par l'appelant pour l'entretien des siens est fixée à 3'600 fr. dès le 1^{er} mars 2011.

Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr., doivent être mis à raison de 300 fr. à la charge de l'appelant et de 300 fr. à la charge de l'intimée, les dépens de deuxième instance étant compensés (art. 106 al. 2 CPC). L'intimée est tenue de rembourser à l'appelant la part des frais judiciaires de 300 fr. mise à sa charge et avancée par celui-ci (art. 111 al. 2 CPC).

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 admis partiellement.
- II. Le prononcé est réformé au chiffre III de son dispositif comme il suit :
- III. A.H._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 3'600 fr. (trois mille six cents francs), éventuelles allocations familiales en sus, payable dès et y compris le 1^{er} mars 2011.

Le prononcé est confirmé 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 B.H. _____ doit verser à l'appelant A.H. _____ la somme de 300 fr. (trois cents francs) à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance, les dépens de deuxième instance étant par ailleurs compensés.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 6 juin 2011

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

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Franck-Olivier Karlen (pour A.H. _____),
- Me Violaine Jaccottet Sherif (pour B.H. _____).

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 d'arrondissement de La Côte.

Le greffier :