

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 mars 2011

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffier : Mme Logoz

Art. 268 al. 1, 310 CPC; art. 163, 176 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **L.**_____, à Lutry, demandeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 13 janvier 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **M.**_____, à Monthey, défenderesse, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 13 janvier 2011, le président du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois a confirmé le chiffre I du prononcé de mesures préprovisionnelles du 30 avril 2010 en ce sens qu'interdiction est faite à la [...], siège régional de [...], à [...], de verser l'avoir prévoyance L._____, en relation avec le contrat titulaire n° [...] passé avec cette banque (I), dit que, dès le 1^{er} juillet 2010, L._____ doit contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une contribution mensuelle de 600 fr., montant payable d'avance le premier jour de chaque mois à M._____ (II) et dit que les frais de la présente décision suivront le sort de la cause au fond (III).

En droit, le premier juge a considéré qu'afin de préserver les droits de l'épouse concernant l'éventuel partage des avoirs LPP qui interviendra dans le cadre du divorce, il convenait de confirmer le chiffre I de l'ordonnance de mesures préprovisionnelles rendue le 30 avril 2010 et de faire interdiction à la banque dépositaire de l'avoir de prévoyance de L._____ de lui verser dit avoir. Il a en outre ramené la contribution d'entretien de l'épouse mise à la charge de L._____ par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 janvier 2007 de 1'200 à 600 fr., compte tenu de la baisse de ses revenus. Il a estimé en revanche que L._____ n'avait pas établi que son épouse faisait ménage commun avec un tiers et a refusé de réduire dite contribution à ce titre.

B. Par acte du 24 janvier 2011, L._____ a formé appel contre cette ordonnance en concluant à la réforme de son chiffre II en ce sens qu'il n'est pas astreint à contribuer à l'entretien de M._____, par le régulier versement d'avance le premier de chaque mois en ses mains d'un montant de 600 fr. dès et y compris le 1^{er} juillet 2010, subsidiairement à l'annulation. Il a produit un bordereau de pièces.

Par mémoire du 3 mars 2011, l'intimée M._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Elle a produit un bordereau de pièces.

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

1. L._____, né le [...] 1945, et M._____ le [...] 1951, se sont mariés le [...] 1991 à Lutry.

Aucun enfant n'est issu de ce mariage.

Les parties vivent séparées depuis le 19 octobre 2006.

2. Selon le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 5 janvier 2007 par le président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, L._____ verse à M._____ une contribution d'entretien d'un montant de 1'200 fr. par mois.

Ce prononcé retient que L._____, qui travaillait alors à plein temps à la Commune de [...], perçoit un revenu mensuel net de 6'595 fr. et que M._____, alors employée à la [...] de Pully, réalise un revenu mensuel net de 3'822 fr. 35.

3. L._____ a pris sa retraite depuis le 1^{er} juin 2010. Il touche, selon le décompte de retraite au 1^{er} juin 2010 de la Caisse intercommunale de pensions, une pension mensuelle de 3'333 fr. 45.

Il perçoit en outre depuis le 1^{er} juin 2010 une rente AVS de 2171 fr. par mois, réduite selon décision du 20 août 2010 de l'assurance vieillesse et survivants fédérale à 2'025 fr. par mois, avec effet au 1^{er} juin 2010.

Sa prime mensuelle d'assurance maladie-accident se monte depuis le 1^{er} janvier 2011 à 611 fr. 40.

Le prénommé est locataire depuis le 1^{er} novembre 2006 d'un appartement de 2, 5 pièces dont le loyer mensuel brut s'élève à 1'800 francs.

4. M. _____, employée à la [...] de Collombey, touche depuis le 1^{er} novembre 2010 un salaire mensuel brut de 2'400 francs, treizième salaire compris. Elle est en outre au bénéfice depuis le 1^{er} avril 2009 d'un quart de rente AI qui se monte à 356 fr. par mois depuis le 1^{er} septembre 2010, selon décision du 20 août 2010.

Le montant de sa prime d'assurance-maladie est de 350 fr. par mois.

La prénommée est domiciliée depuis le 1^{er} novembre 2008 à Monthey, [...], dans un chalet propriété de K. _____. Elle a produit un contrat de bail passé à cette date avec le prénommé, portant sur un appartement de trois pièces et prévoyant un loyer mensuel de 1'500 fr., "parc + charges comprises".

5. K. _____ est domicilié à la même adresse.

Mandaté par L. _____ afin de déterminer si le prénommé vit maritalement avec M. _____, le détective V. _____ déclare dans son rapport du 13 octobre 2010 notamment ce qui suit: "Manifestement le couple M. _____ - K. _____ vit en étroite "communauté" mange et "vit" ensemble au rez-de-chaussée, utilise la même salle de bains, vaque à différentes occupations sur la terrasse, s'embrasse sur la bouche, partage la même poubelle et Mme monte à l'étage le soir pour dormir."

K. _____ a été entendu en qualité de témoin à l'audience du 26 octobre 2010 du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois. Il a

contesté faire ménage commun avec M._____. Il a en outre déclaré que M._____ lui payait son loyer de main à main.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile dans le délai légal de dix jours (art. 314 al. 1 CPC) 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. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

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, 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

3. L'appelant conclut à la réforme de l'ordonnance attaquée, en ce sens qu'aucune contribution d'entretien n'est due à son épouse durant le procès en divorce. Il fait valoir le grief de constatation inexacte des faits et soutient que l'autorité de première instance n'a pas pris en considération le certificat de salaire de M. _____ pour l'année 2009 ni ses décomptes de salaire pour les mois de janvier à juin 2010. Il conteste également l'appréciation par le premier juge des témoignages de K. _____ et du détective V. _____, comme aussi de son rapport du 26 octobre 2010. Il estime que le premier juge aurait dû retenir que M. _____ et K. _____ faisaient ménage commun. L'appelant soutient en outre que le premier juge a fait une fausse application du droit et que la contribution d'entretien aurait dû être fixée sur la base de l'art. 125 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) et non de l'art 176 CC.

a) En vertu de l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires pour la durée de la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC) sont applicables par analogie.

D'après l'art. 176 al. 1 ch.1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre, en application de l'art. 163 al. 1 CC. Chacun des époux a le droit de participer de manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa). Après le dépôt d'une demande de divorce, une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable et l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires (ATF 130 III 537 c. 3.2). Il n'en demeure pas moins que le fondement de l'obligation d'entretien est bien l'art. 163 CC et non l'art. 125 CC, lequel concerne l'entretien après le divorce (ATF 130 III 537 c. 3.2, avec la doctrine citée; arrêt 5P.352/2003 du 28 novembre 2003, c. 2).

En l'espèce, le seul fait que les époux soient séparés depuis 2006 déjà ne justifie pas de faire abstraction des besoins de l'épouse, qui n'ont été satisfaits depuis lors qu'avec l'aide d'une contribution de l'appelant. La jurisprudence susmentionnée permet certes l'imputation d'un revenu hypothétique à l'époux créditrentier mais cela est sans incidence en l'espèce, où l'intimée travaille et reçoit une rente AI.

Mal fondé, l'appel doit être rejeté sur ce point.

b) Selon l'art. 276 al. 2 CPC, les mesures ordonnées par le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale sont maintenues pendant la procédure de divorce. Le tribunal du divorce est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation. L'art. 268 al. 1 CPC précise que les mesures provisionnelles peuvent être modifiées ou révoquées, s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. Une nouvelle décision en matière de mesures provisoires n'est possible que si, depuis l'entrée en force des mesures protectrices ou provisoires prononcées précédemment, les circonstances de fait ont changé de manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge a ignoré des éléments essentiels ou mal apprécié les circonstances (ATF 129 III 60 c. 2; Gloor, Commentaire bâlois, 3ème éd. 2006, n. 4 ad art 137 CC, désormais abrogé).

En l'espèce, il est établi que le revenu de l'appelant a diminué dès sa retraite intervenue le 1^{er} juin 2010, ce qui justifie de revoir la contribution d'entretien d'un montant de 1'200 fr. qui avait été fixée par prononcé de mesures provisionnelles de l'union conjugale du 5 janvier 2007.

b/aa) 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. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral en ces de situations financières moyennes et tant que dure le

mariage (art. 176 al. 1 et 163 al. 1 CC), 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]), auquel sont ajoutés les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (ATF 114 II 26), à moins que l'un des époux ne doive subvenir aux besoins d'enfants mineurs communs (ATF 126 III 8 c. 3c et les arrêts cités) ou que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 III 314 c. 4b/bb). Il incombe au créancier de la contribution d'entretien de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 III 424 c. 2; TF 5A_ 732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2).

b/bb) L'appelant soutient que le revenu de l'intimée est plus élevé que ce qu'a retenu le premier juge, qu'elle fait ménage commun avec un tiers et ne paie pas de loyer. Il estime que le revenu mensuel total de l'intimée s'élève à 4'258 fr. (salaire mensuel net de 3'602 fr., part au treizième salaire de 300 fr. et rente mensuelle AI de 356 francs). Ces éléments ont été invoqués en première instance et ont fait l'objet de l'instruction d'office prévue à l'art 272 CPC dans le cadre de la procédure sommaire applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC). Ils peuvent donc être revus dans le cadre de l'appel. En particulier, on tiendra compte des pièces produites par l'intimée en appel en ce qui concerne son revenu, qui ne pouvaient être produites auparavant (art. 317 al. 1 ch. 2 CC).

En revanche, il n'y pas lieu d'entreprendre d'office des investigations nouvelles au sujet de la situation des parties.

D'une part, 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

136-137). Or, en l'espèce, l'appelant n'invoque pas de fait nouveau par rapport à ce qui était allégué en première instance.

D'autre part, une instruction d'office ne se justifie pas dans le cadre de l'appel. Il est vrai que 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 preuve nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait 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 et 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., n. 2410 p. 437).

b/cc) Le premier juge a retenu que l'intimée réalisait un revenu de 3'600 fr. par mois. Selon les pièces qu'elle a produites en appel, son salaire a été ramené à 2'400 fr. brut par mois depuis le 1er novembre 2010 afin de tenir compte d'une réduction de ses aptitudes. Ayant gardé le même employeur, on doit admettre qu'elle a droit comme précédemment à un treizième salaire, de sorte que son revenu mensuel

brut s'élève à 2'600 fr. (2'400 fr. + 2'400 : 12). Elle perçoit en outre depuis le 1^{er} septembre 2009 un quart de rente de l'assurance-invalidité d'un montant de 356 fr. par mois. On doit ainsi tabler sur un revenu mensuel net de quelque 2'500 fr. L'appelant se fonde donc à tort sur un revenu de son épouse ascendant à plus de 4'000 fr. par mois. S'il a subi une réduction de son propre revenu à concurrence de 1'236 fr. (6'595 - 3'333 - 2'025), la réduction imposée à l'intimée quelques mois plus tard s'est élevée à 844 fr. (3'600 + 300 - 2600 - 356). Ce n'est donc que d'une modification mineure en matière de revenus dont l'appelant peut se prévaloir. Une modification de la contribution d'entretien de l'épouse du fait de telles circonstances ne se justifie pas.

En revanche, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, on doit tenir pour établi que l'intimée fait ménage commun avec un tiers dans la maison de celui-ci. En effet, le détective V._____ a rapporté de façon circonstanciée que l'intimée vivait à Monthey dans un chalet propriété de K._____, qu'elle avait été vue embrassant celui-ci, qu'elle occupait tantôt le rez-de-chaussée, tantôt l'étage et qu'un sac poubelle déposé par le prénommé sur le trottoir contenait des objets concernant personnellement l'un et l'autre. Ces éléments sont suffisants pour retenir l'existence d'une vie en commun. L'intimée n'a d'ailleurs pas démontré qu'elle s'acquitterait d'un loyer, ce qui lui aurait été possible même si celui-ci était payé de main à main, en produisant un relevé de son compte bancaire montrant qu'elle aurait prélevé chaque mois un montant de 1'500 fr. pour le verser à K._____ comme elle le prétend. Quant au témoignage du prénommé, il est sujet à caution au vu des liens de l'intéressé avec l'intimée constatés par le détective susmentionné et ne suffit pas à renverser les éléments apportés par celui-ci. Il n'est donc pas nécessaire de fixer une audience pour procéder à l'audition des prénommés.

Lorsqu'il s'agit de fixer non pas une pension après divorce mais la contribution à l'entretien durant les mesures protectrices de l'union conjugale ou les mesures provisoires dans le cadre du procès en divorce, le Tribunal fédéral a jugé qu'il convient de prendre en

considération que le conjoint vit en communauté avec une autre personne et que, dans ces circonstances, il n'est pas arbitraire de considérer que son compagnon pourrait participer pour moitié aux frais communs, même si sa participation effective est moindre. A cet égard, la durée du concubinage n'est pas déterminante; sont au contraire pertinents les avantages économiques retirés de la relation. Il importe, autrement dit, que les intéressés forment une communauté de toit et de table ayant pour but de partager les frais et les dépenses (ATF 5P.463/2003 du 20 février 2004 c. 3.2; ATF 5P.90/2002 du 1^{er} juillet 2002 c. 2b/aa, publié in: FamPra 2002 p. 813).

Il s'ensuit que l'intimé est en situation de partager ses frais avec la personne chez laquelle elle vit. Son minimum de base ne doit pas être celui d'une personne seule, fixé à 1'200 fr., mais celui d'un couple divisé par deux, à savoir 850 fr. (1'700 : 2).

L'intimée ne peut prétendre qu'elle doit assumer un loyer de 1'500 fr. par mois puisqu'elle n'a pas établi qu'elle s'en acquitterait effectivement. Dès lors qu'elle vit dans la maison de Monthey mais n'apporte aucun élément selon lequel elle supporterait des charges pour être logée, on doit faire abstraction d'un loyer dans le calcul de son minimum vital. Pour ce qui est du loyer de 1'800 fr. assumé par l'appelant, il paraît trop élevé pour une personne seule dans le cadre du calcul de son minimum vital et le montant à prendre en compte à ce titre doit être réduit à 1'500 francs.

En définitive, il y a lieu de modifier le "Calcul de la pension selon méthode du minimum vital" figurant en annexe à l'ordonnance entreprise. Compte tenu d'une réduction de 300 fr. (1'800 - 1'500) du loyer à prendre en considération pour l'appelant, le disponible de celui-ci s'élève à quelque 2'050 francs. L'intimée n'a pas établi le montant de sa prime d'assurance-maladie. S'agissant d'une assurance obligatoire, il y a lieu de prendre en considération le versement d'une telle prime; le montant de 350 fr., tel que retenu par le premier juge, apparaît adéquat. Compte tenu pour l'intimée d'un revenu mensuel évalué à 2'500 fr., d'un

minimum de base réduit à 850 fr., de l'absence d'un loyer et de primes d'assurance-maladie s'élevant à 350 fr., son disponible s'élève à 1'300 francs. Pour que l'excédent soit partagé entre les époux, il se justifie ainsi de fixer à 375 fr. le montant de la contribution d'entretien à la charge de l'appelant ($2'050 + 1'300 : 2 - 1'300$).

4. En conclusion, l'appel doit donc être partiellement admis.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr, sont mis à la charge de l'appelant par 300 fr. et de l'intimée par 300 fr. (art. 95 al. 1 let. a et 106 al. 2 CPC, 72 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). L'intimée versera à l'appelant la somme de 300 fr. à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance, l'appelant ayant effectué une avance de frais de 600 francs (art. 111 al. 2 TFJC).

Aucune partie n'obtenant davantage gain de cause que l'autre, il y a lieu de compenser les dépens de deuxième instance (art. 106 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 partiellement admis.
- II.** L'ordonnance est réformée au chiffre II de son dispositif comme il suit :

Il. dit que, dès le 1^{er} juillet 2010, L._____ doit contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une contribution mensuelle de 375 fr. (trois cents septante-cinq francs), montant payable d'avance le premier de chaque mois à M._____.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant par 300 fr. (trois cents francs) et de l'intimée par 300 fr. (trois cents francs).

IV. L'intimée M._____ doit verser à l'appelant L._____ 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 24 mars 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 Marcel Heider (pour L. _____),
- Me Joëlle Zimmermann (pour M. _____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :