

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 août 2012

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 176 al. 1 ch. 1, 185 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **K.A.**_____, à Renens, requérant, contre l'ordonnance rendue le 1^{er} juin 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **K.B.**_____, à Jouxpens-Mézery, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 1^{er} juin 2012, notifiée aux parties par pli du même jour reçu le 4 juin 2012 par K.A._____, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a autorisé les époux K.A._____ et K.B._____ à continuer de vivre séparés pour une durée indéterminée (I), a confié la garde des enfants K.C._____, née le [...] 1996, et K.D._____, née le [...] 1997, à K.B._____ (II), a dit qu'K.A._____ jouirait d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente entre les parties et leurs filles, à défaut de quoi il pourrait avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et alternativement à Noël ou à Nouvel An, à Pâques ou l'Ascension, à Pentecôte ou au Jeûne fédéral (III), a attribué la jouissance du domicile conjugal, sis [...], à 1008 Jouxens-Mézery, à K.B._____, qui devrait en assumer les charges et les intérêts hypothécaires (IV), a dit qu'K.A._____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension de 2'500 fr., payable d'avance le premier de chaque mois dès et y compris le 1^{er} avril 2012 (V), a déclaré l'ordonnance, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire nonobstant appel (VI) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, le premier juge a considéré qu'au vu des montants dont avait bénéficié le requérant sur ses différents comptes bancaires et de l'achat d'un véhicule de luxe, celui-ci disposait à tout le moins des revenus escomptés au moment de la fixation de la pension au mois de juin 2011 dans le cadre de la procédure de divorce, de sorte qu'il pouvait contribuer à l'entretien des siens. Il a aussi retenu que le requérant ne pouvait pas obtenir par le biais du régime extraordinaire (requête de séparation de biens judiciaire) de l'art. 185 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) la vente de l'immeuble détenu en copropriété avec son épouse, dès lors que le refus de cette dernière de consentir à la vente de la maison ne dépendait pas du régime matrimonial. La demande de nomination d'un notaire pour liquider le régime matrimonial était ainsi rejetée.

B. **a)** Par acte du 14 juin 2012, K.A._____ a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation « sous réserve des chiffres IV du dispositif » (II), à ce qu'il soit à nouveau statué en ce sens qu'il ne doit rien pour l'entretien des siens (III) et au renvoi du dossier à une autre juridiction de première instance pour instruction et décision sur la requête de séparations de biens judiciaire du 26 septembre 2011 (IV).

b) L'appelant s'est acquitté de l'avance de frais de 600 fr. qui lui a été demandée. L'intimée n'a pas été invitée à déposer de réponse; elle a toutefois sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire le 10 juillet 2012.

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

1. K.A._____, né le [...] 1957, et K.B._____, née [...] le [...] 1963, se sont mariés le [...] 1995 à Lausanne. Deux enfants sont issus de cette union : K.C._____, née le [...] 1996, et K.D._____, née le [...] 1997.

 Les époux sont propriétaires de la villa familiale à Jouxten-Mézery.

2. K.A._____ a déposé une demande unilatérale en divorce le 10 février 2011, ainsi qu'une requête de mesures provisionnelles le 24 mars 2011.

 Par ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment dit que le requérant contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension de 2'500 fr., payable d'avance le premier de chaque mois dès et y compris son départ du domicile conjugal, prorata temporis.

Dans sa réponse du 22 septembre 2011, K.B._____ s'est opposée au divorce et a fait valoir que la demande de divorce du 10 février 2011 ne remplissait pas la condition légale de la vie séparée d'une durée minimum de deux ans avant l'ouverture d'action. Elle concluait dès lors au rejet des conclusions du demandeur.

3. Le 26 septembre 2011, K.A._____ a saisi la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne d'une requête de séparation de biens judiciaire, en application de l'art. 185 CC, au motif qu'il avait besoin de liquidités pour assurer l'entretien de sa famille et que la seule façon d'y remédier consistait à vendre sans tarder la villa familiale, dont l'acquisition provenait quasi-exclusivement de ses biens propres.

Le 26 octobre 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a exposé que l'on ne se trouvait pas dans un cas d'application de l'art. 185 CC, dès lors que le procès en divorce pendant devait aboutir à la liquidation du régime matrimonial et que l'art. 137 al. 2 CC disposait que seul le juge des mesures provisoires pouvait ordonner la séparation de biens judiciaire si elle se justifiait. Le 27 octobre 2011, K.A._____ a répondu qu'il était « parfaitement disposé à accepter que sa demande de séparation de biens soit traitée dans le cadre d'une procédure incidente de mesures provisionnelles de divorce, à condition que la partie intimée (...) accepte que la procédure de mesures provisionnelles soit automatiquement convertie en une procédure séparée tendant à la séparation de biens, s'il devait être mis fin à l'action en divorce d'une façon ou d'une autre ».

Par prononcé du 4 avril 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a pris acte du désistement d'action en divorce du demandeur du 2 mars 2012, celui-ci ayant passé expédient sur les conclusions de la réponse de la défenderesse du 22 septembre 2011. La cause a été rayée du rôle.

4. Par requête de mesures superprovisionnelles du 27 mars 2012, K.A._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que l'un des notaires suivants, à savoir Mes Patrick De Preux, Laurent Besso, Georges Mettrau, Didier Kohli ou Christian Terrier, soit commis immédiatement aux fins de rendre un rapport sur la liquidation du régime matrimonial des époux K._____. Cette requête s'inscrivait dans le cadre de la requête en séparation de biens judiciaire du 26 septembre 2011.

Par courrier du 28 mars 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles du 27 mars 2012.

5. L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 3 avril 2012. A cette occasion, K.B._____ a conclu au versement d'une pension mensuelle de 2'500 fr., allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois, la première fois le 1^{er} avril 2012, soit au maintien de la pension fixée dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011. K.A._____ a conclu au rejet de cette conclusion, affirmant qu'il était sans revenu depuis le 29 mars 2011. Pour le surplus, les parties ont conclu au maintien des modalités de leur séparation telles que prévues dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011.

Par décision du 24 avril 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à K.B._____ dans la cause en mesures protectrices de l'union conjugale.

6. La situation financière des parties se présente comme il suit :

a) K.A._____ occupait autrefois un poste administratif auprès de la maison [...], emploi qu'il a perdu à la suite d'un accident de ski, qui lui a occasionné un « coup du lapin ». Depuis le 1^{er} février 2009, il ne perçoit plus de prestations de l'assurance accident obligatoire; il est actuellement en procès contre son assureur. Il a pu compter jusqu'en

décembre 2010 sur l'aide financière de sa mère. Depuis le 1^{er} juin 2011, il oeuvre dans le domaine de la promotion immobilière avec un ami, [...]. Dans le cadre de la procédure en divorce et de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 1^{er} juin 2011, K.A._____ a estimé que cette activité devait lui procurer un revenu mensuel net de l'ordre de 7'000 francs. K.A._____ et [...] se sont associés à l'entreprise [...] pour la réalisation d'un projet immobilier de quinze villas individuelles sur la commune de [...] et se sont lourdement endettés envers leurs différents partenaires. Il ressort toutefois de la convention du 27 juin 2011, qui les lie à la société [...], qu'ils doivent bénéficier d'avances sur commissions devant leur permettre de payer les intérêts du prêt qui leur a été accordé par [...] pour la réalisation du projet et assurer leurs besoins courants. Selon K.A._____, sept villas ont déjà été vendues à ce jour, mais à perte. Il a admis avoir touché l'entier des commissions dues sur l'ensemble du projet, sans en indiquer le montant; selon la convention précitée, un montant brut de 1'347'775 fr. est dû aux associés à ce titre. Sur les commissions touchées, K.A._____ a consacré 230'000 fr. à l'achat d'une Porsche. En outre, il ressort des relevés bancaires produits par K.A._____, à savoir ceux concernant les comptes [...]), que de très nombreuses opérations ont été effectuées tant au crédit qu'au débit de ces différents comptes, portant sur des dizaines de milliers de francs, voire des centaines de milliers de francs. K.A._____ affirme qu'il n'a aucun revenu depuis le 29 mars 2011 et qu'il est pris à la gorge par le paiement des intérêts dûs sur les prêts accordés, qui pourraient être dénoncés.

b) K.B._____ travaille à 60 % et réalise un salaire mensuel net de 3'189 fr. 50, allocations familiales en sus. Depuis la procédure en divorce et l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011, les frais de la maison ont diminué de 788 fr. 40 (résultat d'une reconduction du prêt hypothécaire, conclu initialement du 8 décembre 2008 au 8 décembre 2011) et s'élèvent désormais à un total de 2'161 fr. 30 (2'949 fr. 70 - 788 fr. 40).

c) Les charges mensuelles incompressibles des époux sont les suivantes :

Pour l'époux :	<u>fr.</u>
- base mensuelle	1'200.00
- loyer (estimation)	2'100.00
- prime assurance maladie	439.00
- assurance perte de gain	<u>675.00</u>
Total	4'414.00

Pour l'épouse :	<u>fr.</u>
- base mensuelle épouse	1'350.00
- base mensuelle K.C. _____	600.00
- base mensuelle K.D. _____	600.00
- loyer	2'161.30
- primes assurance maladie	<u>700.00</u>
Total	5'411.30

Le budget mensuel de l'époux présente ainsi un excédent de 2'586 fr. (7'000 fr. - 4'414 fr.) et celui de l'épouse un découvert de 2'221 fr. 80 (3'189 fr. 50 - 5'411 fr. 30).

En droit :

1. 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 (Code de procédure civile du 19 décembre 2010; RS 272) (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 de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale 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).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

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. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. 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 et les références citées).

3. L'attribution de la garde des enfants confiée à la mère, les modalités de l'exercice du droit de visite du père et l'attribution de la jouissance du domicile conjugal à l'épouse ne sont pas contestées; il n'y a

pas lieu d'y revenir et l'ordonnance attaquée doit être confirmée à cet égard.

Les griefs de l'appelant portent sur deux points : la fixation de la contribution due pour l'entretien des siens à partir du 1^{er} avril 2012 et le rejet de sa requête en séparation de biens judiciaire, dans la mesure où celle-ci subsistait après qu'il a été mis fin à la procédure en divorce. Il convient d'examiner successivement ces griefs ci-après.

4. a) En ce qui concerne la contribution d'entretien, l'appelant s'est acquitté, depuis son départ du domicile conjugal, d'une contribution d'entretien de 2'500 fr. par mois sur la base de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011 rendue dans le cadre de la procédure en divorce qui a pris fin par radiation du rôle le 4 avril 2012. Il fait valoir lapidairement que le montant de 2'500 fr. ne pourrait pas être exigé dès lors qu'il n'a plus aucun revenu et que la décision querellée statuerait sur la base de suppositions. Il qualifie ainsi de complètement farfelues les constatations selon lesquelles il a déjà vendu sept villas dans le cadre de sa nouvelle activité et que cela a généré un commissionnement brut de 1'347'775 fr., et soutient que ces chiffres ne reposeraient sur rien. L'appelant considère également que le raisonnement du premier juge est erroné et comporte des erreurs factuelles manifestes, comme « par exemple » le fait que s'il est exact que la charge de logement de l'intimée a diminué de 788 fr. 40 à la faveur d'une reconduction du contrat hypothécaire, la charge hypothécaire antérieure était de 1'630 francs.

En l'absence de toute critique motivée contre les autres éléments du calcul de la contribution d'entretien opéré par le premier juge en application de la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, il convient dès lors d'examiner les questions du revenu de l'appelant et des frais de logement de l'intimée.

b) Pour ce qui est des revenus de l'appelant, le premier juge a considéré qu'au vu des opérations effectuées sur ses différents comptes bancaires et de l'achat d'un véhicule de luxe, celui-ci avait disposé à tout

le moins du revenu mensuel de 7'000 fr. escompté lors de la procédure en divorce, de sorte qu'il ne pouvait prétendre être sans revenu et qu'il devait pouvoir continuer à s'acquitter de la pension de 2'500 fr. telle que fixée dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011, laquelle n'avait pas été attaquée.

Cette appréciation échappe à la critique. Contrairement à ce que soutient l'appelant, elle ne repose pas sur rien respectivement sur des suppositions. En effet, il résulte de l'ordonnance attaquée que l'appelant a admis avoir touché l'entier des commissions dues sur l'ensemble du projet immobilier, sans en indiquer le montant. Par ailleurs, il résulte du contrat de prêt conclu le 27 juin 2011 entre [...] d'une part et l'appelant et [...] d'autre part (P. 103 du bordereau de l'intimée produit à l'audience du 3 avril 2012) qu'un montant brut de 1'347'775 fr. est dû aux associés à titre de commissions de mise en valeur. Compte tenu en outre du fait que sur les commissions touchées, l'appelant a consacré un montant de 230'000 fr. – représentant 32 fois le salaire mensuel de 7'000 fr. dont il a été tenu compte dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011 – à l'achat d'une Porsche et qu'il ressort des relevés bancaires produits devant le premier juge, à savoir ceux concernant les comptes [...], que de très nombreuses opérations ont été effectuées tant au crédit qu'au débit de ces différents comptes, portant sur des dizaines de milliers de francs, voire des centaines de milliers de francs, le premier juge était fondé à retenir que l'appelant disposait à tout le moins d'un revenu mensuel de 7'000 fr. dont il avait été tenu compte au moment de la fixation de la pension au mois de juin 2011 dans le cadre du divorce.

c) S'agissant des charges de logement de l'intimée, l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1^{er} juin 2011, qui n'a pas été attaquée, retient le chiffre de 2'949 fr. 70, comprenant notamment 1'633 fr. 35 d'intérêts hypothécaires (au taux de 2.8 % par année, selon contrat d'hypothèque fixe conclu pour la période du 2 décembre 2008 au 2 décembre 2011; P. 11 du bordereau du requérant du 26 septembre 2011). Comme la seule modification des charges de logement de l'intimée réside dans le fait qu'à la faveur d'une reconduction du contrat hypothécaire, la

charge des intérêts hypothécaires a diminué de 788 fr. 40 par mois, c'est à juste titre que le premier juge a tenu compte dans le calcul du minimum vital de l'intimée d'une charge de logement de 2'161 fr. 30 (2'949 fr. 70 - 788 fr. 40).

d) Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance attaquée échappe à la critique en tant qu'elle fixe le montant de la contribution de l'appelant à l'entretien de sa famille dès le 1^{er} avril 2012 à 2'500 fr. par mois sur les bases de calcul exposées en pages 14 et 15 de l'ordonnance attaquée.

5. L'appelant reproche ensuite au premier juge d'avoir retenu qu'aucune requête de séparation de biens judiciaire n'était plus pendante entre les parties, alors qu'il n'avait jamais été statué sur une litispendance, ni sur une irrecevabilité de la requête en séparation de biens judiciaire du 26 septembre 2011 et qu'il avait au contraire requis à répétitions reprises que l'instruction soit reprise. Il fait au surplus grief au premier juge d'avoir rejeté la requête en séparation de biens judiciaire sans examiner les arguments qu'il tirait de l'application de l'art. 185 CC pour solliciter l'instauration d'une séparation de biens judiciaire, à savoir que l'on aurait mis en péril ses intérêts, voire ceux de la communauté, voire encore ceux de l'ensemble de la famille et surtout de ses filles aux études, au sens de l'art. 185 al. 2 ch. 2 CC, et que l'intimée refuserait indûment de donner son consentement à un acte de disposition sur l'immeuble alors que cette mesure serait impérativement nécessaire.

Ces griefs sont infondés. Quand bien même le premier juge a exprimé l'opinion qu'aucune requête de séparation de biens judiciaire n'était plus pendante entre les parties, il n'en est pas moins entré en matière, en exposant que même si l'on devait considérer qu'une telle requête en séparation de biens avait perduré à la clôture de l'action en divorce, elle devait être rejetée dès lors que les justes motifs prévus à l'art. 185 CC n'étaient pas réalisés. Cette appréciation ne peut qu'être confirmée. Comme l'appelant l'a lui-même exposé dans sa requête en séparation de biens judiciaire du 26 septembre 2011, les parties sont

soumises au régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts. Or, la séparation de biens judiciaire requise sur la base de l'art. 185 CC ne permettrait pas à l'appelant d'obtenir, contre la volonté de l'intimée, la vente de la maison conjugale dont les parties sont copropriétaires et dont la jouissance est actuellement attribuée à l'intimée. En effet, si un époux refuse de consentir à l'aliénation d'un bien dont il est copropriétaire avec son conjoint, la doctrine relève que le régime extraordinaire ne saurait être une mesure adéquate, dès lors que le refus du consentement en cause ne dépend pas du régime matrimonial (Philippin, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 6 ad art. 185 CC et les références citées). Par ailleurs, l'art. 185 al. 2 ch. 3 CC, également invoqué par l'appelant, est applicable uniquement aux époux soumis au régime de la communauté de biens (Philippin, op. cit., n. 23 ad art. 185 CC).

6. Il résulte de ce qui précède que l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

L'appelant, qui succombe, supportera les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et sont compensés avec l'avance de frais fournie (art. 111 al. 1 CPC). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel et n'a donc pas encouru de frais pour la procédure de deuxième instance (cf. art. 95 al. 3 CPC). Pour le même motif, la requête d'assistance judiciaire déposée par l'intimée est sans objet.

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.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant K.A. _____.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** La requête d'assistance judiciaire de l'intimée K.B. _____ est sans objet.
- VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 23 août 2012

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 Olivier Carré (pour K.A. _____)
- Me Christine Raptis (pour K.B. _____)

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

La greffière :