

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 novembre 2011

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué
Greffier : Mme Bertholet

Art. 276 al. 1 CC; 173 al. 3, 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur les appels interjetés par **A.X.**_____,
à Crans-Montana, et **B.X.**_____, à Montreux, appelants, contre
l'ordonnance rendue le 23 septembre 2011 par le Président du Tribunal
civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause les divisant l'un de
l'autre, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 23 septembre 2011, communiquée le même jour et reçue le 26 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a condamné A.X._____, intimé, à verser à B.X._____, requérante, une contribution mensuelle de 3'520 fr. du 1^{er} juin 2011 au 31 janvier 2012 et de 3'830 fr. dès le 1^{er} février 2012 (I), dit qu'aucune provision ad litem ne serait octroyée à la requérante (II), confirmé pour le surplus l'ordonnance de mesures provisionnelles du 4 juillet 2011, telle que modifiée le 12 septembre 2011 (III), dit que les frais et dépens suivraient le sort de la cause au fond (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, le premier juge a examiné les ressources et les charges de chacun des époux en application de la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent. Considérant notamment que le remboursement mensuel du prêt hypothécaire à la [...] serait assumé par l'intimé jusqu'au 31 janvier 2012, le premier juge a fixé la contribution d'entretien due par celui-ci en faveur de la requérante à 3'520 fr. du 1^{er} juin 2011 au 31 janvier 2012, puis à 3'830 fr. dès le 1^{er} février 2012. Estimant par ailleurs que les époux disposeraient des mêmes revenus après versement de ladite contribution, le premier juge a refusé de constituer une provision ad litem en faveur de la requérante.

B. Par mémoire du 5 octobre 2011, A.X._____ a fait appel de cette ordonnance concluant à la réforme du chiffre I de son dispositif en ce sens qu'il lui est donné acte de son engagement à verser à son épouse une contribution d'entretien de 2'817 fr. 85 dès le 1^{er} août 2011 sous déduction des montants déjà versés à titre provisoire sur mesures provisionnelles et de 3'131 fr. 85 dès le 1^{er} février 2012, les chiffres II à V du dispositif de l'ordonnance étant confirmés pour le surplus.

Par acte du 6 octobre 2011, B.X._____ a également fait appel de l'ordonnance susmentionnée concluant pour sa part à la réforme du chiffre II de son dispositif en ce sens que son époux est astreint à lui verser une provision ad litem de 10'550 francs.

Les appelants n'ont pas été invités à se déterminer sur les appels adverses.

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

1. A.X._____, intimé, et B.X._____, requérante, se sont mariés le 12 juillet 1986 à Orsières.

2. La requérante a une formation d'infirmière. Depuis 2006, elle est en incapacité de travail à 100 %. Elle est au bénéfice d'une rente AI complète ainsi que d'une rente française qui lui permettent de réaliser un revenu mensuel de 910 francs.

S'agissant de ses charges, les frais de son logement s'élèvent à 959 fr. 40 (frais hypothécaires, charges de PPE, impôt foncier et primes ECA), ses primes d'assurance maladie à 480 fr. 45, ses frais médicaux à 83 fr. 30 et ses impôts à 974 francs.

L'intimé est employé en qualité d[...] pour l'Etat du Valais; il est actuellement détaché pour travailler au profit du [...] à Genève. Pour cette activité, il réalise un revenu mensuel net de 8'576 fr., y compris treizième salaire, auquel s'ajoutent des indemnités mensuelles forfaitaires pour son travail détaché à hauteur de 1'900 fr. par mois.

S'agissant de ses charges, les loyers de ses logements en Valais et à Genève s'élèvent respectivement à 1'500 fr. et 500 fr., ses primes d'assurance maladie à 419 fr. 45, ses frais de repas hors domicile à 387 fr., ses frais de transports à 400 fr. et ses impôts à 1'190 francs. Il

assume en outre entièrement le remboursement d'un prêt du couple auprès de la [...] à hauteur de 628 fr. par mois jusqu'au 31 janvier 2012.

3. Le 12 mars 2008, les parties ont signé une convention, modifiée par avenant du 23 janvier 2009, prévoyant notamment le versement par l'intimé d'une pension mensuelle de 1'800 fr. en faveur de son épouse dès le 1^{er} avril 2009.

4. Le 23 mai 2011, la requérante a déposé une demande unilatérale en divorce, ainsi qu'une requête de mesures provisionnelles concluant notamment à ce que l'intimé lui verse une contribution d'entretien dont le montant et les modalités seraient précisés en cours d'instance.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 4 juillet 2011, les parties ont conclu une convention dans laquelle elles ont attribué à la requérante la jouissance de leur appartement de 2.5 pièces sis à Montreux et pris divers engagements l'une envers l'autre; la convention a été ratifiée par le premier juge pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles.

Au cours de cette audience, la requérante a ensuite conclu à titre superprovisionnel à ce qu'ordre soit donné à l'employeur de l'intimé de prélever chaque mois 4'000 fr. sur le salaire de celui-ci et de virer cette somme sur le compte de la requérante.

Cette requête a été rejetée par le premier juge.

La requérante a en outre conclu à titre provisionnel à ce qu'ordre soit donné à l'employeur de l'intimé de prélever chaque mois 4'000 fr. sur le salaire de celui-ci et de virer cette somme sur le compte de la requérante, à ce que l'intimé contribue à son entretien par le versement d'une pension mensuelle de 4'000 fr. dès le 1^{er} juin 2011 et à ce qu'elle soit autorisée à prélever la somme de 10'550 fr. sur leur compte n°[...]

ouvert auprès de la Banque cantonale du Valais, à titre de provision ad litem, subsidiairement à valoir sur la liquidation du régime matrimonial.

L'intimé a conclu au rejet de ces conclusions provisionnelles, tout en précisant qu'il persistait à verser 1'800 fr. par mois à titre de contribution d'entretien.

Les époux ont finalement conclu une convention prévoyant que l'intimé verserait à la requérante, d'avance le premier de chaque mois, la première fois le 1^{er} août 2011, une somme de 2'800 fr. à valoir sur les contributions d'entretien qui seraient fixées dans l'ordonnance de mesures provisionnelles à intervenir, l'intimé ne pouvant pas s'acquitter de ces montants par compensation (I) et qu'une nouvelle audience serait appointée pour instruire et statuer sur leurs conclusions pécuniaires (II); dite convention a été ratifiée par le premier juge pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles.

A l'audience de mesures provisionnelles du 12 septembre 2011, la conciliation a partiellement abouti sur une convention ratifiée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles remplaçant le chiffre I de la première ordonnance du 4 juillet 2011, selon laquelle la jouissance de leur appartement de 2.5 pièces sis à Montreux était attribuée à la requérante qui en assumerait toutes les charges; la conciliation a échoué pour le surplus.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]), dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est au dernier état des conclusions en première instance supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). La valeur du litige se calcule

selon le droit fédéral; les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'elles représentent et, si la durée des prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué du montant annuel du revenu ou de la prestation multiplié par vingt (art. 92 al. 1 et 2 CPC). En l'espèce, l'appelante ayant requis en première instance le versement d'une contribution d'entretien mensuelle de 4'000 fr., la valeur du litige est bien supérieure à 10'000 fr. et la voie de l'appel ouverte.

Les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce sont régies par l'art. 276 CPC. Compte tenu du renvoi de l'art. 276 al. 1 in fine CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et en particulier à l'art. 271 al. 1 CPC, la procédure sommaire s'applique; le délai pour l'introduction de l'appel est dès lors de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Selon, l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel soit, en l'occurrence, la Cour d'appel civil dont un membre statue comme juge unique (art. 84 al. 1 et 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées, 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (CACI 14 mars 2011/12 c. 2 in JT 2011 III 43).

3. a) L'appelant fait grief au premier juge d'avoir comptabilisé dans ses revenus les indemnités forfaitaires mensuelles qu'il perçoit en raison de son activité à Genève, arguant du caractère temporaire de son détachement. En corrélation avec cette argumentation, il admet qu'il convient de déduire des charges retenues par le premier juge un montant de 500 fr., correspondant au loyer de son logement à Genève, de telle sorte que la différence de revenu net entre les montants retenus par le premier juge et ceux admis par l'appelant ne s'élève en définitive qu'à 1'400 francs.

b) Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; 210) relatif aux mesures protectrices de l'union conjugale, applicables par analogie aux présentes mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 CPC), le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Pour la calculer, il examine les ressources et les besoins de chaque époux et prend en considération la situation effective (TF 5A_18/2011 du 1^{er} juin 2011 c. 3.1.1 et 4.2), cas échéant une situation hypothétique, ainsi que les circonstances futures prévisibles (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, spéc. p. 80).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour fixer les contributions d'entretien. Leur fixation dépend avant tout des budgets respectifs des époux. 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 du 22 mai 2009 5A_46/2009 c. 4 ; ATF 114 II 26, JT 1991 I 334), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b/bb, JT 1996 I 197).

c) En l'espèce, il ressort des faits constatés qu'en sa qualité d'[...] pour l'Etat du Valais, l'appelant est actuellement détaché à Genève au profit du [...]. Son détachement est opérant depuis plusieurs mois déjà et implique une certaine durée, puisque l'appelant a loué un second logement à Genève. L'appelant ne soutient pas que son détachement prendra fin à une date connue ou qu'il aurait appris que celui-ci se terminerait prochainement. Dans ces conditions, il était parfaitement justifié de tenir compte dans l'appréciation de la situation financière de l'appelant des revenus et des charges découlant de ce détachement.

Pour le surplus, le premier juge a appliqué la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent, dont se prévaut l'appelant. Avec l'excédent de l'époux de 4'251 fr. 55, respectivement de 4'879 fr. 55 dès le 1^{er} février 2012, le premier juge a en effet considéré à juste titre qu'il y avait lieu de couvrir le déficit de l'épouse de 2'787 fr. 15 (1'200 fr. + 2'497 fr. 15 - 910 fr., cf. jugement p. 6) et de répartir le solde de 1'464 fr., respectivement de 2'092 fr. 40, par moitié entre eux; il en résulte une contribution d'entretien due par l'appelant en faveur de l'appelante de 3'520 fr. (2'787 fr. 15 + [1464 / 2]), respectivement 3'830 fr. (2'787 fr. 15 + [2'092 fr. 40 / 2]).

Le moyen de l'appelant doit par conséquent être rejeté.

4. a) L'appelant reproche au premier juge d'avoir accordé l'effet rétroactif à la contribution d'entretien au 1^{er} juin 2011, faisant valoir qu'il a toujours payé une pension selon convention entre les parties du 12 mars 2008, du 13 (recte: 23) janvier 2009 et du 4 juillet 2011.

b) Selon l'art. 173 al. 3 CC, la contribution d'entretien peut être demandée pour l'avenir et pour l'année qui précède le dépôt de la requête, l'effet rétroactif visant à ne pas forcer l'ayant droit à se précipiter chez le juge, mais à lui laisser un certain temps pour convenir d'un accord à l'amiable (ATF 115 II 204 c. 4a). Cette faculté est donnée pour toutes les contributions du droit de la famille, qu'elles soient fixées dans le cadre de

mesures protectrices de l'union conjugale, de mesures provisoires pendant une procédure de divorce ou de la fixation des contributions à l'entretien des enfants (Chaix, Commentaire romand - Code civil I, Bâle 2010, n. 10 ad art. 173 CC, p. 1227). L'effet rétroactif ne se justifie que si l'entretien dû n'a pas été assumé en nature ou en espèces ou dès qu'il a cessé de l'être (TF 5A_909/2010 du 4 avril 2011 c. 6.2).

Aux termes de l'art. 179 al. 1 CC, applicable aux mesures provisoires pendant une procédure de divorce par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

c) En l'espèce, il apparaît que, par convention du 12 mars 2008, modifiée par avenant du 23 janvier 2009, les appelants s'étaient mis d'accord sur le versement d'une contribution d'entretien en faveur de l'appelante. Dans la mesure où ladite convention n'avait pas été ratifiée par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, c'est à juste titre que le premier juge s'est saisi de la question du montant et des modalités de la contribution d'entretien due en faveur de l'appelante, sans considérer ce qui avait préalablement été convenu entre les parties et sans examiner si les conditions de l'art. 179 al. 1 CC, soit l'existence de faits nouveaux, étaient remplies, cette disposition ne visant que la modification des mesures ordonnées judiciairement.

On constate ensuite que la requête de mesures provisionnelles de l'appelante date du 23 mai 2011 et que des audiences ont eu lieu les 4 juillet et 12 septembre 2011. Dès lors que le point de départ de la contribution d'entretien due par l'appelant en faveur de son épouse a été fixé par le premier juge au 1^{er} juin 2011, soit postérieurement à la requête de l'appelante, il apparaît d'emblée, contrairement à ce que soutient l'appelant, que la contribution d'entretien a été accordée pour l'avenir et non rétroactivement.

Enfin, c'est à tort que l'appelant invoque le principe de la bonne foi en s'appuyant sur la convention partielle du 4 juillet 2011 prévoyant le paiement d'une avance mensuelle de 2'800 fr. dès le 1^{er} août 2011. Les termes de cette convention partielle sont en effet extrêmement clairs; il ne s'agit que d'une avance "à valoir sur les contributions qui seront fixées dans l'ordonnance de mesures provisionnelles à intervenir". Au surplus, cette convention s'explique par le fait que l'instruction des mesures provisionnelles avait été suspendue au regard du retard pris en raison des pourparlers transactionnels. Compte tenu de l'accord passé, lors de l'audience du 4 juillet 2011, d'appointer une nouvelle audience pour instruire et statuer sur les conclusions pécuniaires et de suspendre les débats (cf. procès-verbal de l'audience du 4 juillet 2011, p. 5), il était compréhensible que les parties passent un accord pour qu'une pension soit versée avant la tenue de la nouvelle audience. On ne saurait opposer cette convention à l'appelante en ce qui concerne le point de départ de la contribution d'entretien qui lui est due.

Le moyen de l'appelant doit être rejeté.

5. a) L'appelante critique le refus du premier juge de lui allouer une provision ad litem, refus motivé par le fait que le disponible avait été entièrement partagé par moitié entre les parties, qui se retrouvaient ainsi dans une situation financière comparable; l'appelante estime que le devoir d'entretien passe avant l'aide de l'Etat.

b) D'après la jurisprudence, une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce. Le fondement de cette prestation, devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC), est controversé, mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions nécessaires à son octroi. Une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à

l'entretien du conjoint débiteur et des siens (TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 c. 2 et réf. citées). L'avance de frais en faveur de l'autre partie, indépendamment de sa position procédurale, peut être ordonnée par voie de mesures provisionnelles (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, n. 40 ad art. 137 CC, p. 473; Gloor, Basler Kommentar, 3^e éd., n. 13 ad art. 137 CC, p. 881).

c) Le raisonnement du premier juge, considérant qu'aucune provision ad litem ne devait être constituée, dès lors que les appelants, après versement de la contribution d'entretien due par l'appelant, disposaient des mêmes revenus, est conforme à la jurisprudence de la Cour de céans et doit être confirmé; l'excédent ayant été divisé par deux, il n'y a pas de disproportion entre les revenus des parties et chacune dispose des mêmes moyens pour affronter le procès (CACI 26 avril 2011/59 c. 4).

L'arrêt 5A_448/2009 du 25 mai 2010 dont se prévaut l'appelante se borne à considérer que l'octroi d'une provision ad litem peut se justifier indépendamment du montant important de la contribution à l'entretien de la famille. Il ne saurait être transposé à une situation moyenne où, comme en l'espèce, il ne subsiste qu'un excédent de l'ordre de 1'500 fr. par rapport aux minima vitaux des époux, qui est partagé entre eux, de sorte que chacun dispose des mêmes moyens pour affronter le procès.

Par ailleurs, il n'est pas déterminant que, nonobstant le versement d'une pension, le minimum vital de l'appelante ne soit couvert que d'environ 800 francs. D'abord, dite pension augmentera de 300 fr. dès février 2012. Mais surtout, la situation financière de l'appelante ne saurait justifier, pour les motifs déjà examinés, d'exiger de l'appelant un effort supplémentaire, dès lors que le minimum vital de ce dernier après versement de la contribution d'entretien à l'appelante n'est pas davantage couvert.

L'allocation d'une provision ad litem n'est pas justifiée et le moyen de l'appelante doit être rejeté.

6. Les appels doivent être rejetés en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance de mesures provisionnelles confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 1'200 fr. (art. 63 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RS 270.11.5]) et mis à la charge de chacun des appelants par 600 fr. qui succombent tous deux (art. 106 al. 2 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de deuxième instance, les deux appels étant rejetés sans qu'un délai n'ait été fixé pour le dépôt d'une détermination (art. 312 al. 1 CPC).

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

- I.** Les appels de A.X. _____ et de B.X. _____ sont rejetés.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.X. _____ par 600 fr. (six cents francs) et de l'appelante B.X. _____ par 600 fr. (six cents francs).
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 1^{er} décembre 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 Roland Burkhard (pour A.X. _____),
- Me Irène Wettstein Martin (pour B.X. _____).

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 :