

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 27 août 2012

Présidence de M. PELLET, juge délégué
Greffière: Mme Egger Rochat

Art. 176 al. 1 ch. a et al. 3 et 273 al. 1 CC ; 276, 308, 310, 314 al. 1 et 317 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**_____, à [...], requérante, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17 juillet 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.K.**_____, à [...], intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 17 juillet 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a confié la garde sur l'enfant C.K._____, né le [...] 2007, à sa mère A.K._____, née [...] (I) ; dit que B.K._____ bénéficierait sur son fils d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente entre les parties. A défaut, il pourrait avoir son fils C.K._____, à charge pour lui d'aller le chercher là où il se trouve et de l'y ramener, un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin à la rentrée de l'école, le mardi dès la sortie de l'école au mercredi matin et la moitié des vacances scolaires (II) ; dit que B.K._____ contribuerait à l'entretien de sa famille par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de A.K._____, d'une contribution mensuelle de 1'350 fr., allocations familiales non comprises et dues en sus, dès et y compris le 1^{er} juin 2012 (III) ; mis les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr. à la charge de la requérante (IV) ; rejeté la décision sur les dépens de la procédure provisionnelle à la décision finale (V) ; et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

En droit, le premier juge a estimé, concernant l'exercice du droit de visite à défaut d'entente, qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de prévoir, outre un week-end sur deux et la moitié des vacances, un jour fixe de la semaine pour que l'enfant aille dormir chez son père. Quant à la contribution d'entretien, il a retenu que la requérante bénéficiait d'un montant disponible de 2'863 fr. 75 par mois (9'454 fr. 45 - 6'590 fr. 70) et l'intimé d'un disponible mensuel de 3'243 fr. 25 (7'432 fr. 95 - 4'189 fr. 70). Appliquant une répartition à raison de deux tiers en faveur de la requérante du solde disponible après prélèvements des minima vitaux et charges mensuelles des deux époux, le premier juge a calculé que la contribution d'entretien mensuelle de l'intimé aurait dû s'élever au montant arrondi de 1'200 fr. Il a cependant fixé la contribution d'entretien en tenant compte de l'offre de l'intimé à ce sujet, protocolée au procès-verbal de l'audience de mesures provisionnelles.

B. Par acte du 30 juillet 2012, A.K._____ a interjeté appel de cette ordonnance et conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à l'admission de l'appel, et à l'annulation des dispositions des chiffres III à VI du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles précitée (I), et statuant à nouveau, à la confirmation du chiffre I de l'ordonnance précitée (II), à la modification du chiffre II de dite ordonnance en ce sens que «B.K._____ bénéficiera sur son fils d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente entre les parties. A défaut, il pourra avoir son fils C.K._____, à charge pour lui d'aller le chercher là où il se trouve et de l'y ramener, un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au dimanche à 19h00, le mardi dès la sortie de l'école au mercredi matin et la moitié des vacances scolaires» (III), à la contribution de B.K._____ à l'entretien des siens par le régulier versement, dès le 1^{er} janvier 2012, d'une pension mensuelle de 3000 fr., allocations familiales en sus (VI), et à ce que la production des pièces 151 et 152 en mains de [...], la nouvelle concubine de B.K._____, soit ordonnée (VII).

A l'appui de son appel, A.K._____ a produit un bordereau de pièces.

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

1) Les parties se sont mariées le [...] 2004 et ont eu un enfant, C.K._____, né le [...] 2007.

Vivant séparées depuis le 1^{er} janvier 2009, elles sont opposées dans une procédure en divorce ouverte par demande unilatérale de B.K._____, le 14 septembre 2011.

2) Dans le cadre de cette procédure, A.K._____ a déposé une requête de mesures provisionnelles, le 9 janvier 2012, et conclu, avec

suite de frais et dépens, notamment à ce que la garde sur son enfant lui soit attribuée, B.K. _____, intimé, bénéficiant d'un large et libre droit de visite à exercer d'entente avec elle et, à défaut d'entente, à ce que le droit de visite soit exercé comme suit : « un week-end sur deux, du vendredi 17h00 au dimanche 19h00 ; pendant la moitié des vacances scolaires de l'enfant, étant précisé qu'il appartiendra au père d'aller chercher l'enfant à son lieu de résidence et de l'y ramener de même », et à ce que l'intimé contribue à l'entretien des siens par le régulier versement, dès le 1^{er} janvier 2012, d'une pension mensuelle de 6'000 fr., allocations familiales en sus.

Par décision du 29 mai 2012, la présidente a refusé d'ordonner la production des pièces 151 et 152 requise par la requérante, pièces relatives aux revenus de la compagne de l'intimé.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 5 juin 2012, l'intimé a conclu au rejet de la conclusion concernant l'exercice du droit de visite, au bénéfice du droit de visite actuel moyennant une modification du soir et de la nuit passés avec l'enfant. Dès lors, il a requis de pouvoir exercer son droit de visite comme suit : « la moitié des vacances scolaires, un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin à la rentrée de l'école, le mardi dès la sortie de l'école au mercredi matin ».

Lors de cette audience, la requérante a conclu au rejet de la conclusion précitée et modifié sa conclusion relative à l'exercice du droit de garde. Elle a sollicité que le droit de visite s'exerce un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au mardi matin à la rentrée de l'école, et maintenu sa conclusion pour le surplus.

Selon le procès-verbal de l'audience, l'intimé a également conclu au rejet de la conclusion concernant la contribution d'entretien et offert de contribuer à l'entretien des siens, depuis le 1^{er} janvier 2012, par le versement de 400 fr., plus paiement de la prime d'assurance maladie de la requérante de 777 fr. 80 et celle de son fils de 172 fr. 90.

3) Concernant la situation de l'enfant, l'exercice du droit de visite se déroule bien. Selon la requérante, le régime actuel était déstructurant pour l'enfant, dans la mesure où le droit de visite du père s'exerçait notamment un soir de la semaine avec la nuit tantôt du lundi soir au mardi matin tantôt du jeudi soir au vendredi matin. La mère souhaitait que la semaine ne soit plus entrecoupée. Pour sa part, l'intimé a convenu que le fait de varier le soir et la nuit de la semaine en fonction du parent qui avait gardé l'enfant le week-end précédent manquait effectivement de régularité pour ce dernier. Il ne souhaitait toutefois pas réduire son droit de visite.

4) Concernant la situation financière des parties, la requérante perçoit un salaire mensuel net de 6'105 fr. 20, versé treize fois l'an, soit un salaire mensuel net de 6'613 fr. 95.

La requérante bénéficie de revenus immobiliers mensuels de 2'840 fr. 50, soit la moitié du revenu d'exploitation de 156'476 fr. 65 - l'immeuble lui appartenant en copropriété avec un tiers - qui équivaut à 78'238 fr. 35, auquel on soustrait les intérêts hypothécaires s'élevant à 44'152 fr., le résultat obtenu de 34'086 fr. 35 étant divisé par douze mois.

La requérante a obtenu un prêt de la part de ses parents de 80'000 fr. pour acquérir deux autres parts de l'immeuble lui appartenant. Il découle de la reconnaissance de dette du 17 juillet 2002 qu'elle s'est engagée à rembourser les intérêts découlant de ce prêt dès le 1^{er} juillet 2002. La facture du 18 mai 2011 indique des intérêts à payer pour la période du 1^{er} juillet 2010 au 30 juin 2011.

Le total des revenus de la requérante se monte ainsi à 9'454 fr. 45, pendant que ses charges mensuelles sont de 4'840 fr. 70, comprenant 2'390 fr. de loyer, 777 fr. 80 et 172 fr. 90 d'assurance maladie pour elle-même et son fils, 500 fr. de frais de transport et 1'000 fr. de frais de garderie.

Pour sa part, l'intimé est au chômage depuis le mois d'avril 2012. Après déduction du délai d'attente général de cinq jours, le montant mensuel net de ses indemnité de chômage s'est élevé à 5'414 fr. 30 pour ce mois. Dès le mois suivant, les indemnités de chômage nettes devraient s'élever à 7'432 fr. 95, soit le montant mensuel brut de 8'400 fr. (21,7 jours X l'indemnité journalière de 387 fr. 10) duquel il convient de déduire les cotisations d'assurances sociales, soit 432 fr. 60 d'AVS, 220 fr. 90 de LAA, 61 fr. 65 de LPP et 252 fr. de perte de gain.

Vivant avec une compagne, avec qui il a eu un enfant, l'intimé paie la moitié du loyer comprenant le parking à hauteur de 2'095 fr. par mois. Comme autres charges mensuelles, il assume sa cotisation d'assurance maladie de 585 fr. 70, des frais de transport de 359 fr., des frais de recherche d'emploi de 150 fr. et des frais pour l'exercice du droit de visite de 150 fr., soit un total de 3'339 francs.

Le requérant a perçu des bonus de l'ordre de 300'000 fr. au cours des années 2008 à 2010, lesquels auraient été versés dans le fonds de pension de l'intimé et auraient servi au paiement des impôts selon les explications de l'intimé. La requérante allègue dans son appel que l'intimé a toujours proposé de les partager.

En droit :

1. L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b 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 les art. 248 let. d et 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).

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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126).

Le juge délégué de la Cour d'appel est compétent pour statuer en qualité de juge unique sur un appel formé contre une ordonnance de mesures provisionnelles, en vertu de l'art. 84 al. 2 LOJV (loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1989, RSV 173.01).

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. Elle peut revoir librement 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 c. 2 et les références citées).

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). 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 (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

Les restrictions posées par l'art. 317 CPC s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime

d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JT 2011 III 43).

En l'espèce, le litige portant sur la situation d'enfants mineurs, les pièces produites à l'appui de l'appel sont dès lors recevables.

3. a) L'appelante conteste en premier lieu l'ampleur du droit de visite accordé à l'intimé dans la décision de première instance. Elle fait valoir que les changements de domicile sont perturbants pour l'enfant et que le régime mis en place concernant le passage du mardi au mercredi n'est pas adéquat. Il serait ainsi préférable que l'exercice du droit de visite du week-end soit prolongé jusqu'au mardi matin.

b) Lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge règle les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant, dans le cadre de l'organisation de la vie séparée des conjoints, en se basant sur les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC ; art. 273 ss CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210]). L'art. 273 CC, en particulier, prévoit que le parent non détenteur de l'autorité parentale ou de la garde de l'enfant mineur a le droit d'entretenir avec celui-ci, et réciproquement, les relations personnelles indiquées par les circonstances. Ce droit peut cependant être limité pour de justes motifs, notamment lorsque le développement corporel, psychique ou moral de l'enfant est compromis, même momentanément, par le comportement du parent avec lequel il est en communauté (art. 274 al. 2 CC ; Chaix, Commentaire romand du Code civil, Bâle 2010, n. 20 ad art. 176 CC, p. 1240 ; TF 5A_826/2009 du 22 mars 2010 c. 2.1). Pour prendre une telle décision, le juge des mesures protectrices dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC et fait application du principe de proportionnalité (Chaix, op. cit., n. 1 et 20, p. 1234, respectivement p. 1240).

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement

compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 c. 4a). Il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement. Enfin, il faut tenir compte de la situation des personnes chez qui l'enfant vit (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, n. 19.09, p. 111). Des conditions particulières pour l'exercice du droit de visite peuvent être imposées (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, n. 19.16, p. 114).

c) Le premier juge a considéré que la solution préconisée par l'appelante ne correspondait pas aux besoins de l'enfant, dès lors qu'il ne verrait pas son père pendant dix jours consécutifs et qu'il pouvait se sentir un peu exclu à la suite de la naissance de son frère. Le président a dès lors prévu que le droit de visite s'exerce également durant la semaine et cette solution doit être approuvée.

En effet, compte tenu du contexte familial et de l'âge de l'enfant, il est nécessaire de privilégier la fréquence des relations père - fils et les inconvénients liés aux changements de domicile ne constituent pas un motif suffisant d'y renoncer. Enfin, et même si cela n'est pas décisif compte tenu du pouvoir d'examen du juge, l'appelante n'a pas pris en définitive de conclusions différentes, se bornant à demander le retour de l'enfant le dimanche soir plutôt que le lundi matin.

Le premier grief doit ainsi être rejeté.

4. a) L'appelante soutient ensuite que la contribution mensuelle de l'intimé, telle qu'arrêtée par le premier juge, est insuffisante et devrait être augmentée à 3'000 fr. En effet, les revenus de sa fortune n'auraient pas été pris en compte correctement, le premier juge n'aurait pas dû faire abstraction des importants bonus perçus par l'intimé en 2008, 2009, 2010 et 2011. Enfin, les revenus de la compagnie de l'intimé devraient être pris en compte dans le calcul du budget de ce dernier.

b/a) Le revenu déterminant pour la fixation de la contribution d'entretien est le revenu effectif ou effectivement réalisable, soit s'agissant des revenus du travail, le revenu net, cotisations sociales déduites. Le revenu de la fortune est pris en compte dans la mesure où il est régulier ou s'il sera perçu avec une grande vraisemblance à l'avenir (Hausheer/Sypcher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2^e éd., 2010, no 01.75, p. 35 et réf.; Juge délégué CACI 23 septembre 2011/268).

b/b) Selon la doctrine, le revenu déterminant du conjoint ne comprend en principe pas celui du tiers qui fait ménage commun avec lui, dit tiers, tel le concubin, n'ayant pas d'obligation d'entretien envers l'autre époux. En revanche, la participation du tiers aux charges du ménage doit être prise en compte (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce; méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 2007 II 81). A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé que la contribution d'entretien à fixer durant les mesures protectrices de l'union conjugale ou les mesures provisoires de l'art. 137 aCC peut être déterminée en tenant compte du fait que le conjoint vit avec une autre personne et que celle-ci prend en charge la moitié des frais communs, même si cette participation est en réalité moindre. Si la durée du concubinage n'est pas déterminante, les avantages économiques retirés de la relation ont une réelle importance. Les intéressés doivent former une communauté de toit et de table ayant pour but de partager les frais et les dépenses (TF 5A_625/2007 du 26 mars 2008 c. 2.3; TF 5P.463/2003; TF 5P.90/2002 du 1^{er} juillet 2002 c. 2b aa, publié in FamPra 2002 p. 813). En règle générale, on considère que le concubin règle la moitié du loyer et que le minimum vital de l'époux créancier, qui vit en concubinage, s'établit à la moitié du montant de base de deux adultes formant une communauté domestique durable, conformément aux lignes directrices de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (ATF 128 III 159, JT 2002 I 58).

b/c) Lorsque l'époux créancier vit en concubinage qualifié, soit dans une relation fixe qui lui apporte les mêmes avantages qu'un mariage,

le droit à l'entretien tombe; il importe peu que le concubin dispose ou non des moyens financiers nécessaires (ATF 138 III 97 c. 2.3).

Il existe une présomption réfragable qu'un concubinage qui dure depuis cinq ans au moment de l'introduction de la procédure judiciaire constitue un concubinage qualifié. Il n'est pas arbitraire de nier l'existence d'un concubinage qualifié, même si un enfant commun est né de la nouvelle relation, lorsque celle-ci ne dure que depuis deux ans (ATF 138 III 97 c. 3.4, critiqué sur ce dernier point par Bohnet/Burgat, Effets du concubinage sur les contributions d'entretien, Newsletter droit matrimonial mars 2012).

c/a) Les pièces produites par l'appelante, pour démontrer qu'elle payerait régulièrement un intérêt sur le prêt accordé par ses parents pour l'acquisition du bien immobilier lui procurant les revenus contestés, n'ont pas la valeur probante qu'elle leur accorde. Il résulte en effet des pièces 113 et 114 qu'elle s'est engagée à rembourser des intérêts commençant à courir le 1^{er} juillet 2002, mais elle n'a apparemment payé de tels intérêts que pour une période allant de juillet 2010 à juin 2011. Il n'est donc pas établi que l'intéressée verserait actuellement des intérêts pour un prêt familial. C'est donc à bon droit que le premier juge a retenu un montant de 2'840 fr. 50 à titre de revenus immobiliers mensuels de l'appelante. Le moyen doit être rejeté.

c/b) L'appelante ne conteste pas que l'intimé soit au chômage. Elle ne prétend pas non plus qu'il faudrait lui imputer un revenu hypothétique supérieur aux montants obtenus mensuellement. C'est dès lors à juste titre que le premier juge a calculé la contribution d'entretien sur cette base, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la production requise par l'appelante de la lettre de licenciement de l'intimé et de ses conditions. Selon la pièce 116 produite par l'appelante, les bonus perçus les années précédentes auraient été versés dans le fonds de pension de l'intimé et, selon les déclarations de celui-ci, auraient servi à payer les impôts communs. L'appelante affirme d'ailleurs elle-même que l'intimé a toujours proposé de les partager. Il ne saurait dès lors être question de les

prendre en considération pour les contributions dues dès le 1^{er} juin 2012, alors que l'intimé n'en bénéficie manifestement plus.

En outre, il résulte du dossier que le délai cadre de la période de chômage de l'intimé a débuté le 1^{er} avril 2012, de sorte que l'affirmation de l'appelante, qui ne repose sur aucune preuve, que l'intimé a encore perçu son salaire en mai et juin 2012, doit être écartée.

c/c) Enfin, c'est à bon droit que, pour tenir compte du concubinage de l'intimé, le premier juge a pris en compte la moitié du minimum vital et du loyer de celui-ci. La prise en compte des revenus de la compagne ne se justifierait qu'en cas de concubinage qualifié, hypothèse non réalisée en l'espèce. Le premier juge n'avait donc aucune raison d'ordonner la production de pièces concernant les revenus de la compagne de l'intimé.

Le second grief doit également être rejeté.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en vertu de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée confirmée.

6. L'appelante ayant succombé, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr., sont mis à sa charge (art. 106 al. 1 CPC ; art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010]).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens.

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'appelante A.K. _____, née [...].
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 28 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 :

- Mme A.K. _____, née [...],
- Me Violaine Jaccottet Scherif (pour B.K. _____).

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).

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

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :