

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 mars 2012

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué
Greffière : Mme Choukroun

Art. 125 CC, 176 al. 1 ch. 1 CC, 317 al. 1 CPC.

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **N.**_____, à Bussigny, demanderesse, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 30 janvier 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **F.**_____, à Pully, défendeur, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 30 janvier 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis la requête de mesures provisionnelles déposée par F. _____ (I), dit que la pension prévue par le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 juin 2010 en faveur de N. _____ est supprimée avec effet au 1^{er} janvier 2012 (II), levé l'avis au débiteur ordonné à l'encontre de F. _____ par prononcé de mesures d'extrême urgence rendu le 1^{er} octobre 2010, puis confirmé par prononcé du 9 février 2011 (III), dit que les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge de l'intimée (IV), dit que l'intimée versera au requérant la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens (V), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI), déclaré la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VII).

En droit, le premier juge a retenu qu'il était évident que les époux n'allaient pas reprendre la vie commune et que N. _____ avait bénéficié de contributions d'entretien mensuelles de 6'000 fr. depuis le 1^{er} décembre 2009. Il a également retenu que l'appelante ne s'était pas présentée à l'audience de mesures provisionnelles et qu'elle utilisait fréquemment un numéro de portable camerounais, ces éléments étant des indices évidents du fait qu'elle vit au Cameroun, pays où elle peut - au surplus - aisément déployer une activité commerciale au vu de son expérience professionnelle en Suisse et subvenir ainsi à ses besoins. Au vu de ces éléments, de la brièveté du mariage, en l'absence d'enfant et à défaut de perspective sérieuse de reprise de la vie commune, le premier juge a conclu que le principe du "clean break" trouvait son application dans le cas d'espèce et il a dès lors supprimé la pension prévue en faveur de N. _____ avec effet au 1^{er} janvier 2012.

B. N. _____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, à sa modification en ce sens qu'il est constaté

qu'elle est toujours domiciliée en Suisse, à Bussigny et que la pension prévue en sa faveur est maintenue, son état de santé ne lui permettant pas de travailler afin de subvenir à ses besoins de manière décente. Elle a produit un bordereau de pièces.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. **a)** N._____, née le [...] 1975, de nationalité camerounaise et F._____, né le [...] 1953, de nationalité suisse, se sont mariés le 3 juillet 2008 à Lausanne.

Aucun enfant n'est issu de cette union.

En raison d'importantes difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 16 octobre 2009, date à laquelle F._____ a quitté le domicile conjugal, sis à Pully.

b) Par courrier du 18 décembre 2009 adressé à N._____, le bailleur a fait état de nombreuses plaintes des locataires concernant le comportement de cette dernière et il l'a enjoint de respecter le voisinage sous peine de résiliation immédiate du contrat de bail. N._____ a cessé de s'acquitter du loyer de l'appartement conjugal et de la place de parc dont elle avait la jouissance à compter du 31 août 2010. Elle a séjourné de nombreux mois au Cameroun, tout en sous-louant l'appartement sans autorisation du bailleur.

Le 11 janvier 2010, le bailleur a notifié à F._____ une résiliation de bail avec effet au 1^{er} juillet 2010, puis a intenté une procédure d'expulsion qui a été menée jusqu'à l'exécution forcée en date du 15 juin 2011, l'intervention d'un serrurier ayant été nécessaire pour ouvrir l'appartement. Le bailleur s'en est notamment pris à F._____ pour obtenir paiement des frais et d'une indemnité d'occupation illicite pour la période postérieure à la résiliation par 18'773 fr., des frais pour la remise

en l'état de l'appartement, par 5'793 fr. et des dépens de la procédure d'expulsion.

c) Dès le printemps 2009, N._____ a exploité à titre indépendant le salon de coiffure " [...]" à Lausanne. F._____ l'a assistée dans l'exploitation de cette entreprise et a réglé le loyer afférent, à hauteur de 700 fr. par mois. Le loyer des mois de décembre 2010 et janvier 2011 est toutefois resté impayé.

A la suite d'une requête d'expulsion faite du paiement de loyer déposée le 17 mai 2011 par le bailleur du local commercial, le Juge de Paix du district de Lausanne a ordonné le 11 juillet 2011 à F._____ de quitter et de rendre libre pour le 11 août 2011 le local commercial occupé par son épouse, l'informant qu'à défaut de quitter volontairement ces locaux, il y serait contraint par la force publique. Cette procédure a été menée jusqu'à l'exécution forcée et sans que N._____ n'intervienne.

2. a) Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du

9 juin 2010, la Présidente du tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après: le tribunal) a notamment attribué à N._____ la jouissance de l'appartement conjugal, sis à Pully, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges, et a astreint F._____ à contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension mensuelle d'un montant de 6'000 fr., dès le 1^{er} décembre 2009.

Par prononcé d'extrême urgence rendu le 1^{er} octobre 2010, le Président du tribunal a ordonné à l'employeur de F._____ de prélever chaque mois sur le salaire dû à ce dernier la somme de 6'000 fr., et de verser ce montant à N._____ sur le compte de son conseil, Me Jérôme Bénédict.

Par arrêt sur appel sur mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 11 novembre 2010, le Président du tribunal a

notamment rejeté les appels interjetés par N._____ et par F._____ et confirmé le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 9 juin 2010 dans son entier.

b) Le 13 décembre 2010, N._____ a exercé un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral, concluant principalement à sa réforme en ce sens que son époux est astreint à lui verser une pension mensuelle de 6'000 fr. dès le 1^{er} avril 2009, puis de 7'000 fr., dès le 1^{er} janvier 2010, puis de 6'000 fr. dès le 1^{er} avril 2010, et subsidiairement, au renvoi de la cause devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour parfaire la décision attaquée dans le sens des considérants du Tribunal fédéral.

Par arrêt du 10 mars 2011, la II^{ème} Cour de droit civil du Tribunal fédéral a admis le recours de N._____, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants (TF 5A_888/2010).

Par arrêt sur appel du 10 août 2011, le tribunal a partiellement admis le recours de N._____, a astreint F._____ à contribuer à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 6'000 fr. dès le 1^{er} novembre 2009, de 6'500 fr., pour le mois de janvier 2010 et de 7'000 fr., pour le mois de mars 2010, confirmant pour le surplus l'arrêt sur appel sur mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 11 novembre 2010.

c) Par demande unilatérale du 11 novembre 2011, F._____ a ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, concluant en substance à la dissolution du mariage par le divorce et à la liquidation du régime matrimonial.

Par requête de mesures provisionnelles datée du même jour, F._____ a requis la caducité du prononcé rendu le 9 février 2011,

respectivement sa révocation, avec effet immédiat, la pension versée à N. _____ étant supprimée dès le 1^{er} avril 2011.

Dans ses déterminations du 14 novembre 2011, N. _____ a conclu au rejet des conclusions de la requête de son époux.

L'audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 19 décembre 2011 en présence de F. _____, assisté de son conseil, et du conseil de N. _____ seul, cette dernière ne s'étant pas présentée bien que régulièrement assignée.

L'ordonnance attaquée a été rendue le 30 janvier 2012.

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 30 janvier 2012, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge

unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs, l'appel de N. _____ est formellement recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., p. 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (ibidem, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième

instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, 2010, n. 7 ad art. 317 CPC, pp. 1498-1499; Reetz/Hilber, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC, pp. 2032-2033). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2^{ème} éd., 2010, n. 2410, p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415 p. 438; sur le tout JT 2011 III 43).

c) En l'espèce, l'appelante reproche au premier juge d'avoir retenu qu'elle était domiciliée au Cameroun sans pour autant lui faire le reproche d'avoir violé les principes de la maxime inquisitoire applicable en mesures provisionnelles.

Alors qu'elle n'a pas comparu personnellement devant le juge des mesures provisionnelles, N. _____ a produit un bordereau de pièces à l'appui de son appel. Ces pièces sont pour partie destinées à établir qu'elle se trouvait au Cameroun, à l'enterrement de sa mère adoptive, au moment de l'audience de mesures provisionnelles du 19 décembre 2011, d'une part et qu'elle ne se trouvait pour le surplus pas au Cameroun l'essentiel de l'année 2011, d'autre part. Elle a également requis la prise en considération de certaines pièces étant demeurées à son domicile à Bussigny, qu'elle n'était pas en mesure de produire lors de l'audience du 19 décembre 2011 en raison de son départ précipité au Cameroun à la fin novembre 2011.

Les pièces produites par l'appelante ne figurent pas au dossier de première instance. Or, il ne s'agit pas d'éléments nouveaux par rapport à l'audience du 19 décembre 2011, de sorte qu'ils pouvaient - si l'appelante avait fait preuve de la diligence requise - être produits à l'audience ou dans la perspective de dite audience, un mois s'étant écoulé entre l'arrivée de l'appelante au Cameroun et la date de l'audience. Le conseil de l'appelant a comparu à l'audience de mesures provisionnelles et y a procédé sans évoquer d'empêchement. Enfin, ni l'appelante ni son conseil ne se sont manifestés entre l'audience du 19 décembre 2011 et le dépôt de l'appel du 13 février 2012, pas même pour requérir une prolongation du délai de réponse au fond fixé au 30 janvier 2012.

Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de déclarer irrecevables les pièces nouvelles produites par l'appelante, ainsi que celles qu'elle propose de produire ultérieurement, dès lors que la contribution litigieuse ne vise pas à assurer l'entretien d'un enfant mineur, que ces pièces sont antérieures à l'audience de mesures provisionnelles et que l'appelante ne démontre pas qu'elles n'ont pu être produites avant dite audience, malgré la diligence requise. Il résulte de la non-recevabilité des pièces produites par l'appelante et de l'absence de grief quant à la procédure suivie par le premier juge que la cour de céans s'en tient aux faits résultants du dossier tel que constitué devant le juge des mesures provisionnelles.

3. N._____ conclut à ce que la pension prévue en sa faveur soit maintenue au-delà du 1^{er} janvier 2012. Elle indique ne disposer d'aucune formation professionnelle reconnue et que sa santé psychique fragile exclut qu'elle puisse subvenir elle-même à son entretien convenable.

aa) Pour fixer la contribution d'entretien due au conjoint à titre de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce selon

l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), auquel l'art. 137 al. 2 aCC renvoie par analogie, le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (art. 163 al. 2 CC).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour fixer les contributions d'entretien. 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 5A_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4 ; ATF 114 II 26 ; implicite in ATF 127 III 289, relatif à la charge fiscale), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4 b/bb).

ab) Lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, le but de rendre les époux financièrement indépendants gagne en importance et il faut dès lors se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce (TF 5A_710/2009 du 22 février 2010 c. 4.1 et les références citées ;

TF 5A_205/2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010 p. 894). Cela ne signifie

cependant pas que l'art. 163 CC, selon lequel mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille, ne serait plus applicable durant la procédure de divorce lorsque l'un des conjoints n'est pas susceptible d'obtenir une contribution après divorce. Cette disposition demeure en effet la cause de l'obligation d'entretien des époux dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles. Mais comme son but impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée, il se peut que le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à des faits nouveaux. C'est dans ce sens restreint que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC ; ATF 137 III 385 c. 3.1 ; TF 5A_301/2011 du 1^{er} décembre 2011 c. 5.1). En effet, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ne doit pas trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (TF 5A_475/2011 du 12 décembre 2011 c. 4.1 ; ATF 137 III 385 c. 3.1).

ac) Selon l'art. 318 CPC, l'appel déploie principalement un effet réformatoire, de sorte que l'autorité d'appel statue elle-même sur le fond ; par exception, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels, l'autorité d'appel peut renvoyer la cause à la première instance (cf. Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 318 CPC).

b) En l'espèce, l'instruction effectuée par le premier juge est restée limitée et on ignore en particulier quelle est la situation actuelle de l'appelante. Une annulation ne se justifie toutefois pas. Tout indique en effet que l'appelante n'habite plus en Suisse depuis longtemps déjà (reproches de la gérance, non-paiement du loyer, sous-location de l'appartement, non-paiement du loyer du bail commercial, absence de logement en Suisse, absence d'assurance-maladie, absence à l'audience de première instance). Si elle n'a payé aucune de ses charges essentielles,

notamment ses loyers, tout en sous-louant les locaux et en séjournant au Cameroun la plupart du temps, cela implique que N._____ a thésaurisé les pensions calculées sur la base d'une vie se poursuivant en Suisse. Rien n'indique, malgré des allégations qui ne sont pas rendues vraisemblables, que l'appelante ait l'intention de modifier cette situation et de quitter le Cameroun. Dans ces conditions, il n'y a pas place pour une application du principe de solidarité, alors par ailleurs que les époux sont séparés depuis plus de deux ans après une vie commune qui n'a duré que quinze mois et demi. En conséquence, c'est à juste titre que le premier juge a supprimé la pension avec effets au 31 décembre 2011.

Pour les motifs déjà évoqués plus haut (cf. consid. 2b et 2c), il n'y a pas lieu de tenir compte de la photocopie de passeport produite par l'appelante. Cette pièce serait-elle recevable au motif que sa production avait été requise par l'intimé à l'appui de sa requête de mesures provisionnelles du 14 novembre 2011 qu'on ne parviendrait pas à un résultat différent: s'il semble en résulter que N._____ a été absente du Cameroun du 8 mai au 19 juin ainsi que du 26 juillet au 20 novembre 2011, cela ne suffit pas, en l'absence d'un logement, à rendre vraisemblable ni même plausible un séjour en Suisse pendant cette période. En outre, le passeport a été délivré au Cameroun le 6 mai 2011, ce qui rend vraisemblable qu'il l'a été à la suite d'un long séjour dans ce pays. Enfin, entrée au Cameroun le 20 novembre 2011, l'appelante n'en était pas encore repartie, trois mois plus tard, lors du dépôt de l'appel.

4. En conclusion, l'appel est rejeté et l'ordonnance confirmée.

Les frais de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RS 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelante N._____ qui succombe.

Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, F._____ n'ayant pas été invité à se déterminer.

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 rejeté.

- II. L'ordonnance est confirmée.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr.
(mille francs), sont mis à la charge de l'appelante N._____.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 15 mars 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 :

- Mme N. _____,
- Me Corinne Monnard Séchaud, avocate (pour F. _____).

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 :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :