

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles du 21 septembre 2011

Présidence de Mme KÜHNLEIN, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 137 al. 2, 176 al. 3 CC; 104 al. 3, 276 al. 1 et 2, 296 CPC; 43 al. 1 let. e CDPJ; 84a al. 2 LOJV

Statuant à huis clos sur la requête de mesures provisionnelles déposée le 27 juin 2011 par **J.**_____, à Crans-près-Céligny, contre l'intimé **G.**_____, à Versoix, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait et en droit :

1. L'intimé G._____, né le [...], et la requérante J._____, née J._____ le [...], se sont mariés le [...] à Nyon. Ils sont les parents de [...], né le [...].

Les époux ont adopté le régime de la séparation des biens, selon contrat de mariage notarié Pierre Crot du [...].

Par jugement du 26 mai 2011, notifié le même jour aux parties, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a, notamment, prononcé le divorce des époux; confié l'autorité parentale et la garde sur l'enfant [...] à sa mère, sous réserve d'un libre droit de visite en faveur du père, usuellement réglementé à défaut de meilleure entente; attribué à l'épouse la jouissance du logement précédemment conjugal, moyennant qu'elle en paie le loyer et les charges; dit que le père contribuera à l'entretien de son fils par le versement d'une pension mensuelle, allocations familiales non comprises, de 1'400 fr. jusqu'à l'âge de quinze ans révolus et de 1'500 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de [...] ou l'accomplissement d'une formation appropriée et achevée dans des délais normaux (art. 277 al. 2 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210]); astreint G._____ à servir à son épouse une pension après divorce de 2'200 fr. dès jugement définitif et exécutoire et pendant deux ans, puis de 1'700 fr. pendant deux ans, puis enfin de 1'200 fr. durant une année; prévu l'indexation desdites contribution et pension; constaté la dissolution et liquidation du régime matrimonial; ratifié la convention partielle relative au partage des avoirs de prévoyance professionnelle des parties et statué sur les frais et dépens.

Par acte motivé du 27 juin 2011, G._____ a fait appel contre le jugement du 26 mai 2011 concluant, en substance, à sa réforme, s'agissant de la pension pour l'épouse et des dispositions relatives à la dissolution et à la liquidation du régime matrimonial.

2. Le 27 juin 2011, J._____ a déposé devant la Cour d'appel civile une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que G._____ contribue à l'entretien des siens, dès et y compris le 1^{er} juillet 2010, par le régulier versement d'une contribution d'entretien de 4'160 fr. par mois, allocations familiales non comprises, jusqu'à droit connu sur le fond.

Par lettre du 5 juillet 2011, le juge délégué a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles du 27 juin 2011.

Selon prononcé du 3 août 2011, J._____ a obtenu l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel.

Dans sa réponse du 15 août 2011, G._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité de la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 27 juin 2011 et au rejet des conclusions de la requérante.

Les parties et leurs conseils ont été entendus à l'audience du 21 septembre 2011.

3. Les époux vivent séparés depuis le mois de juin 2007. A titre de mesures protectrices de l'union conjugale prononcées le 7 août 2007, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a autorisé les époux à vivre séparés pour une durée d'une année échéant le 31 août 2008, attribué la jouissance de l'appartement conjugal à l'épouse, moyennant qu'elle en paie le loyer et les charges, confié la garde de [...] à sa mère, réservant un libre et large droit de visite en faveur du père, et astreint ce dernier à contribuer à l'entretien de la famille par le service d'une pension mensuelle, allocations familiales non comprises, de 6'000 fr. par mois dès le 1^{er} juin 2007.

Par arrêt sur appel du 24 octobre 2007, le tribunal a fixé la contribution due par G._____ pour l'entretien des siens, allocations

familiales en sus, à 4'160 fr. dès et y compris le 1^{er} décembre 2007. Cet arrêt retenait en substance que J._____ réalisait depuis le 1^{er} août 2007, en qualité d'aide soignante à 60%, un salaire mensuel net de 2'773 fr. et que ses charges totalisaient selon le droit des poursuites 4'543 fr. par mois, accusant un déficit de 1'770 fr. : base mensuelle pour elle (1'100 fr.) et son fils (350 fr.), primes d'assurance maladie pour elle (224. fr. 90) et [...] (118 fr. 30, dont 23 fr. 20 pour l'assurance complémentaire), frais de transport (200 fr.). Ce même arrêt retenait que G._____ travaillait à 100% pour le compte de [...], que son salaire net moyen en 2007 était de 12'190 fr. et que ses charges incompressibles s'élevaient à 6'440 fr. : montant de base (1'250 fr.), assurance maladie (199 fr.), frais de transport (350 fr.), loyer (2'030 fr.), impôts communaux, cantonaux et fédéraux du couple pour 2007 (2'609 fr. 95). Répartissant le disponible du couple (14'963 fr. - 10'983 fr. = 3'980 fr.) à raison de 60% pour l'épouse et de 40% pour l'époux, le tribunal avait jugé que J._____ avait droit à la couverture de son déficit (1'770 fr.) augmentée de sa quote-part du disponible (fr. 3'980 fr. x 60% = 2'338 fr.), soit à 4'160 fr. au total par mois, hors allocations familiales. Il précisait enfin dans ses considérants qu'il appartiendrait aux parties de saisir le juge des mesures protectrices de l'union conjugale pour adapter le montant de la pension à leur nouvelle situation financière, faisant référence à la demande de taxation séparée déposée par J._____ (cf. arrêt du 24 octobre 2007 c. 3 in fine).

Les époux n'ont jamais repris la vie commune pas plus qu'ils n'ont requis de nouvelles mesures protectrices de l'union conjugale ni de mesures provisionnelles.

4. G._____ a ouvert action en divorce par demande unilatérale déposée le 26 octobre 2009.

5. a) Des écritures des parties, de leurs déclarations et des pièces au dossier, il ressort que G._____ a régulièrement servi à son épouse la pension de 4'160 fr., plus les allocations familiales, jusqu'à fin

juin 2010. Depuis lors, et jusqu'au mois de janvier 2011, il s'est acquitté des montants suivants :

- 3'000 fr. le 5 juillet 2010,
- 4'360 fr. le 23 juillet 2010, pour le mois d'août,
- 3'000 fr, le 6 septembre 2010,
- 4'360 fr. le 4 octobre 2010, pour le mois d'octobre,
- 4'360 fr. le 4 novembre 2010, pour le mois de novembre,
- 4'360 fr. le 7 décembre 2010, pour le mois de décembre,
- 4'360 fr. le 31 décembre 2010, pour le mois de janvier 2011.

Dès le mois de février 2011, G._____ s'est régulièrement acquitté d'un montant de 3'000 fr. par mois. Pour le mois de septembre 2011, il a versé le montant de 2'600 francs.

b) J._____ a été engagée dès le 1^{er} avril 2011 par la [...], selon contrat de travail du 31 mars 2011, pour exercer une activité d'aide soignante à 80%. Le salaire mensuel brut a été fixé à 3'500 fr. par mois, qui correspond à un salaire net de 3'182 fr. 40 par mois. Elle travaillait déjà auprès de dite clinique, mais à titre journalier, pour un revenu similaire, à un taux d'activité moyen de soixante pour cent.

La requérante est demeurée avec son fils dans l'appartement anciennement conjugal, au loyer mensuel de 2'550 francs. Ses primes obligatoires d'assurance maladie sont de 370 fr. 60 pour elle-même et de 88 fr. 30 pour [...]. Les primes complémentaires, par 37 fr. et 26 fr. 30, ne sont pas prises en considération (TF 5A_654/2007 c. 3 du 4 mars 2008). Selon le droit des poursuites (www.vd.ch/fr/themes/economies/poursuites-et-faillites/minimum-vital), le minimum vital de la requérante, élargi aux charges fiscales (TF 5A_383/2007 c. 2 du 9 novembre 2007), est le suivant :

- base mensuelle pour l'épouse	Fr. 1'200.-
-	
- base mensuelle pour l'enfant [...]	600.--
- loyer net y compris les charges	2'550.-
-	
- primes de base pour l'assurance maladie (mère et fils)	
458.90	

-	frais	de	garderie
122.75			
-		impôts	courants
847.--			
- frais de déplacement			
<u>200.--</u>			
Total			Fr. 5'978.65.

c) G. _____ travaille en qualité d'employé de vente au sein de l'entreprise [...] depuis le 1^{er} avril 2002. Sa rémunération se compose d'un salaire fixe et d'avances sur commissions, dont le montant dépend de ses performances. Selon modification de son contrat de travail du 12 mai 2011, la partie fixe de ses revenus est de 70% depuis le 1^{er} janvier 2011, celle, variable, de 30%. La proportion était jusqu'alors de 60% pour la première et de 40% pour la seconde. De son certificat de salaire pour l'année 2010, il ressort que l'intimé a réalisé un salaire net de 129'197 fr. correspondant à un gain mensuel de 10'766 fr. 40. Les fiches de salaire pour les mois de janvier à juin 2011 font état d'un gain net total de 60'901 fr. 95 représentant un revenu net moyen de 10'150 fr. 32 par mois, allocations familiales non comprises. Ce dernier montant sera retenu comme revenu déterminant pour la fixation de la contribution d'entretien.

L'intimé soutient qu'il fait ménage commun depuis peu avec son amie [...], dans l'appartement de cinq pièces qu'il loue à [...] depuis le 1^{er} février 2011. Il affirme que les frais concernant sa compagne et sa fille, dont les primes d'assurance maladie, adressées à son domicile, sont entièrement à sa charge, dès lors que son amie n'a aucune formation professionnelle, qu'elle n'a jamais travaillé en Suisse et qu'elle vient d'accoucher. Selon extrait du registre suisse de l'état civil du 24 juin 2011, G. _____ est l'auteur d'une confirmation d'une reconnaissance avant la naissance, du 20 juin 2011. L'extrait indique que la mère de l'enfant à naître est [...], née le [...] dont elle est originaire, et que son domicile est en [...]. [...] est née à Genève le [...]. L'extrait de l'acte de naissance, établi le 4 juillet 2011, mentionne également que la mère de l'enfant est domiciliée en [...].

L'intimé exerce régulièrement son droit de visite sur son fils [...].

Pour justifier la révision à la baisse de la pension à 2'600 fr. par mois qu'il a spontanément opérée à compter de septembre 2011, l'intimé invoque la diminution de sa capacité contributive, la charge d'entretien de sa compagne avec laquelle il fait ménage commun depuis le 1^{er} février 2011, la naissance de sa fille [...] le [...] et les frais supplémentaires en découlant.

Au stade de la vraisemblance, l'intimé n'établit pas faire ménage commun avec dame [...]. Il est en effet seul titulaire du bail à loyer qu'il dit occuper avec celle-ci. L'extrait de l'acte de naissance de [...], du 4 juillet 2011, indique que la mère de l'enfant est domiciliée en [...]. Le seul acheminement des factures d'assurance maladie de l'enfant et de sa mère à l'adresse de G. _____ ne suffit pas à prouver le concubinage dont celui-ci se prévaut.

La naissance de [...], le [...], et les charges supplémentaires qui en découlent pour l'intimé, doivent en revanche être prises en considération dans la fixation de la contribution d'entretien réclamée par la requérante et justifient de prévoir un palier dans le service de celle-ci.

Le minimum vital du droit des poursuites de l'intimé, élargi aux charges fiscales, se présente dès lors de la manière suivante, dès le 1^{er} juillet 2011 :

- base mensuelle un débiteur monoparental	Fr. 1'350.-
-	
- base mensuelle pour [...]	400.- -
- loyer net y compris les charges (2'000 fr.) et le garage (150 fr.)	2'150.--
- primes de base pour l'assurance maladie	278.45
- prime de base pour l'assurance maladie de [...]	82.25
-	
impôts	
1'215.20	courants

- frais de déplacement

200.--

Total

Fr. 5'675.90.

Déduction faite de la base mensuelle pour [...] et de la prime d'assurance maladie la concernant, le minimum vital de l'intimé s'élevait jusqu'au 30 juin 2011 à 5'193 fr. 65.

6. **6.1** Conformément à l'art. 276 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires.

Les affaires accessoires à un procès principal soumises à la procédure sommaire, comme les mesures provisionnelles, relèvent en principe, si l'autorité compétente au fond est une juridiction collective, de son président ou d'un juge désigné par la Cour (art. 43 al. 1^{er} let e CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]). Ces règles valent mutatis mutandis si de nouvelles mesures provisionnelles ou une modification du régime existant sont demandées alors que la procédure de divorce au fond a été portée par un appel selon les art. 308 ss. CPC devant la seconde instance cantonale (Tappy, Les procédures en droit matrimonial, in Bohnet, Procédure civile suisse, Neuchâtel 2010, n. 80, p. 268). En droit vaudois, des mesures provisionnelles à ordonner alors qu'un procès au fond est pendant devant la Cour d'appel civile relèvent d'un membre de cette cour désigné par elle (art. 84a al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01], Tappy, *ibid.*, note infrapaginale 85, p. 268).

A partir du moment où le couple a un enfant mineur, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., n. 2415 p. 438).

6.2 Conformément à l'art. 276 al. 2, 1^{ère} phrase CPC, les mesures protectrices prononcées avant l'ouverture du procès en divorce continueront à régir les relations entre époux pendant la litispendance

tant qu'elles n'auront pas été supprimées ou modifiées, ce qu'il appartiendra le cas échéant au juge des mesures provisionnelles de faire (art. 276 al. 2, 2^{ème} phrase CPC). Selon la doctrine, dans le cas où leur échéance est définie par le juge, elles cessent de produire leurs effets au terme du délai fixé, à moins que le juge n'ait ordonné leur prolongation à la demande d'un époux (Piquerez, La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale, RJJ 1993, p. 127; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, n. 18 ad art. 175 CC).

Dans le cas d'espèce, les mesures protectrices de l'union conjugale prononcées le 7 août 2007 prévoient que les époux vivront séparés pour une durée d'une année échéant le 31 août 2008. Faute de prolongation ordonnée par le juge à la demande d'un époux, elles ont cessé de produire leurs effets à cette date. Aucune pension n'étant en conséquence due au-delà du 31 août 2008, la requérante a requis, en appel, des mesures provisionnelles. Si, par contre, la durée des mesures protectrices n'avait pas été définie, il aurait suffi à l'épouse de faire exécuter le prononcé du 7 juin 2007 et de l'arrêt du 24 octobre 2007 fixant la pension due par l'intimé à 4'160 fr. par mois, sans compter les allocations familiales.

7. **7.1** Conformément à l'art. 137 al. 2 CC, lequel bien qu'abrogé au 31 décembre 2010, continue à s'appliquer aux procédures de divorce soumises à l'ancien droit [Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, JT 2010 III 14]), le juge ordonne, sur requête, les mesures provisoires nécessaires pour la durée de la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie (art. 276 al. 2 CPC).

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe conformément à l'art. 163 al. 1 CC, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant des aliments se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Dans la mesure où des enfants mineurs sont concernés, le juge ordonne les mesures

nécessaires, d'après les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC), notamment au regard des art. 276 al. 1 et 2 et 285 al. 1 CC (TF 5A_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.1 et réf. citées).

Pour déterminer le montant de la contribution à partir des revenus et charges du débiteur d'entretien, le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour ce faire. L'une des méthodes que préconise la doctrine et qui est considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières moyennes, tant que dure le mariage, 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 les dépenses non strictement nécessaires sont ajoutées, l'excédent est en général réparti par moitié entre les époux (TF 5A_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4; TF 5A_515/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.1), notamment lorsque les enfants vivent alternativement avec chacun d'eux (TF 5P.103/2004 du 7 juillet 2004 c. 5.3).

7.2 Jusqu'au 30 juin 2011, le montant total des revenus des époux était de 13'332 fr. 72 (10'150 fr. 32 + 3'182 fr. 40). Leurs minima vitaux totalisaient 11'172 fr. 30 (5'193 fr. 65 + 5'978 fr. 65). Le disponible s'élevait donc à 2'160 fr. 42 (13'332 fr. 72 - 11'172 fr. 30). La présence d'un enfant mineur auprès de J._____, détentrice du droit de garde, constitue un motif particulier justifiant que l'on s'écarte de la répartition par moitié du montant qui, après couverture du minimum vital des deux époux, subsiste du revenu à disposition pour l'entretien de la famille (ATF 126 III 8 c. 2c, JT 2000 I 29). Dès lors, une répartition du disponible à raison de 60% pour la requérante et son fils et de 40% pour l'intimé se justifie (Perrin, La méthode du minimum vital, SJ 1993 p. 447). Il en résulte que la contribution de l'intimé à l'entretien des siens, jusqu'au 30 juin 2011, doit être fixée à 4'092 fr. 50, montant arrondi à 4'100 fr. (manco de la requérante de 5'978 fr. 65 + part à l'excédent de 1'296 fr. 25, dont à déduire le revenu net de la crédière [3'182 fr. 40]).

Selon l'art. 137 al. 2 4^{ème} phrase CC, une contribution d'entretien peut être réclamée pour l'avenir et pour l'année précédant le dépôt de la requête. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, en appliquant l'art. 173 al. 2 CC par analogie (Tappy, Les procédures en droit matrimonial, op. cit., note infrapaginale 118, p. 277). En l'espèce, la requête de mesures provisionnelles ayant été déposée le 27 juin 2011, l'effet rétroactif requis au 1^{er} juillet 2010 peut être admis.

Le montant de la pension, de 4'100 fr. ne comprend pas les allocations familiales. Les versements opérés par l'intimé dès le 1^{er} juillet 2010 en seront déduits.

7.3. Dès le 1^{er} juillet 2011, le minimum vital de l'intimé doit être augmenté de la base mensuelle pour [...] (400 fr.) et du service des primes d'assurance maladie pour celle-ci (82 fr. 25), et atteint le montant de 5'675 fr. 90. Une fois les revenus additionnés (10'150 fr. 32 + 3'182 fr. 40 = 13'332 fr. 72) et les minima vitaux déduits (5'675 fr. 90 + 5'978 fr. 65 = 11'654 fr. 55), il reste un disponible de 1'678 fr. 17. La quote-part de la requérante (60%) est ainsi de 1'006 fr. 90. En l'ajoutant à son minimum vital (5'978 fr. 65) et en retranchant son revenu personnel (3'182 fr. 40), on obtient un résultat de 3'803 fr. 15. La contribution d'entretien due par l'intimé sera ainsi fixée à 3'800 fr. par mois, dès et y compris le 1^{er} juillet 2011, allocations familiales non comprises.

8. Il s'ensuit que la requête de mesures provisionnelles est partiellement admise.

9. La décision sur les frais et dépens résultant de mesures provisionnelles peut être renvoyée à la décision finale (art. 104 al. 3 CPC).

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. La requête de mesures provisionnelles de J._____ est partiellement admise.
- II. G._____ doit contribuer à l'entretien de sa famille par le versement d'une pension mensuelle de 4'100 fr. (quatre mille cent francs), allocations familiales non comprises, du 1^{er} juillet 2010 au 30 juin 2011, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de J._____.
- III. G._____ contribuera à l'entretien de sa famille, dès et y compris le 1^{er} juillet 2011, par le versement d'une pension mensuelle de 3'800 fr. (trois mille huit cents francs), allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de J._____.
- IV. Les frais et dépens des mesures provisionnelles suivent le sort de la cause au fond.
- V. La présente ordonnance est immédiatement exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

2011

L'ordonnance qui précède est notifiée, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Nicolas Perret (pour J._____),
- Me Sabrina Cellier (pour G._____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

La présente ordonnance 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).

Le greffier :