

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 mars 2011

Présidence de M. DENYS, juge délégué
Greffier : M. Perret

* * * * *

Art. 137 al. 2, 163, 176 al. 1 ch.1 et 2 CC; 276 al. 1, 308 al. 1 let. b, 310 CPC

Statuant à huis clos sur les appels interjetés par **A.T.**_____, intimée, et **B.T.**_____, requérant, tous deux au Mont-sur-Lausanne, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 janvier 2011 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les parties entre elles, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 5 janvier 2011, notifiée les 6 et 10 janvier suivants aux parties, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a dit que l'intimée A.T. _____ est autorisée à continuer à vivre dans la maison conjugale sise [...], au Mont-sur-Lausanne, jusqu'au 31 juillet 2011 au plus tard, les charges mensuelles de 2'300 fr. étant imputées au requérant B.T. _____ (I), dit qu'à partir du 1^{er} août 2011, la jouissance de dite maison est attribuée au requérant, qui assumera désormais toutes les charges afférentes à celle-ci (II), dit que le requérant continuera à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 6'750 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le 1^{er} de chaque mois, tant que l'intimée occupera la maison conjugale, mais au plus tard jusqu'au 31 juillet 2011, dite pension étant fixée à 9'050 francs, allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} août 2011, ou avant au prorata, dans l'hypothèse où l'intimée quitte la maison conjugale avant (III), compensé les dépens (IV), fixé les frais de l'ordonnance à 200 fr. pour le requérant et à 200 fr. pour l'intimée (V), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI), et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (VII).

S'agissant de l'attribution du logement familial actuellement occupé par l'intimée, le premier juge a considéré que l'intéressée devait savoir, dès lors qu'une procédure de divorce était ouverte, qu'elle ne pourrait demeurer indéfiniment dans la villa dont le requérant était propriétaire et qu'il lui appartenait donc, dans la mesure où une reprise de la vie commune ne paraissait pas sérieusement envisageable, de rechercher un logement. Il lui a octroyé un délai au 31 juillet 2011 pour quitter le domicile, afin de tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier de l'intérêt de sa fille O.V. _____ à faire coïncider le déménagement avec les changements scolaires liés à l'entrée en cinquième année scolaire en août 2011. S'agissant de la contribution due par le requérant pour l'entretien des siens, le premier juge a relevé que l'intimée ne se trouvait pas actuellement en situation de parvenir à une

indépendance financière, de sorte que le requérant était encore tenu, en vertu du principe de solidarité entre époux, de contribuer à l'entretien de celle-ci. En outre, il a considéré que, contrairement à ce qu'alléguait le requérant, il n'y avait pas lieu de retenir de diminution du revenu de celui-ci qui justifierait un réexamen de la quotité de la contribution, qui devait au demeurant être augmentée afin de couvrir le loyer du futur logement de l'intimée.

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

1. B.T._____, né le [...] 1949, de nationalité suisse, et A.T._____, née le [...] 1973, de nationalité moldave, se sont mariés le [...] 2006 à Lausanne, en adoptant le régime matrimonial de la séparation de biens. Jusqu'à leur séparation au printemps 2008, les époux ont vécu ensemble dans la maison conjugale de deux logements dont B.T._____ est propriétaire, sise [...], au Mont-sur-Lausanne. Un enfant, C.T._____, né le [...] 2008, est issu de leur union.

A.T._____ est mère d'une autre enfant, O.V._____, née d'un précédent mariage le [...] 2001, qui vit avec elle; cette enfant est fragilisée psychologiquement notamment par le décès de son père. Quant à B.T._____, il est père de deux filles majeures issues aussi d'un premier mariage, [...], née le [...] 1980, et [...], née le [...] 1987; alors que la première travaille à temps partiel comme animatrice socio-culturelle et est indépendante, la seconde est étudiante et perçoit annuellement une pension de 15'600 fr. de la part de B.T._____.

A.T._____ a suivi une formation complète de juriste en Moldavie; elle exerce à titre indépendant une activité d'artiste peintre et, à cet effet, dispose dans la demeure conjugale d'un atelier de peinture et d'un local pour remiser ses tableaux et ceux de son précédent mari, décédé en 2002; actuellement, cette activité ne lui procurerait aucun revenu.

B.T._____ est salarié de l'entreprise J._____ SA, à [...], qu'il a héritée de son père; cette société, qu'il dirige et dont il détient l'ensemble des actions, est active comme grossiste dans le commerce de matériel électrique. B.T._____ est propriétaire de l'immeuble abritant les activités de J._____ SA, d'autres immeubles en Suisse et d'une maison en France. Il est également titulaire d'un important portefeuille de titres. Sa fortune est estimée fiscalement à près de 10 millions de francs.

2. a) Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 juin 2008 du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, les époux ont été autorisés à vivre séparés jusqu'au 30 juin 2009; la jouissance de la maison conjugale a été attribuée à A.T._____, B.T._____ ayant été astreint à payer les charges relatives au logement familial et à contribuer à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 4'500 francs.

Le juge a arrêté la capacité contributive de B.T._____ à 17'300 fr. par mois. Ce montant était basé sur la déclaration d'impôt de 2005, qui retenait des revenus annuels globaux de 208'500 fr. (revenu salarié chez J._____ SA de 8'400 fr. net par mois, le solde provenant des revenus de sa fortune, constituée de titres et d'immeubles); aux dires du prénommé, qui n'avait pas fourni ses déclarations d'impôts pour 2006 et 2007, ses revenus de 2008 étaient du même ordre de grandeur (ce que les pièces produites ultérieurement ont démenti, les revenus étant en réalité plus élevés). Quant à ses charges mensuelles, elles ont été arrêtées à 11'100 fr. (savoir 1'100 fr. pour la base mensuelle, 1'500 fr. de loyer, 2'300 francs pour les charges de la maison familiale, 200 fr. de prime d'assurance maladie et 6'000 fr. de charge fiscale). S'agissant des charges mensuelles d'A.T._____ et de sa fille, elles ont été arrêtées à 1'750 fr. (savoir 1'100 fr. pour sa propre base mensuelle, 350 fr. pour la base mensuelle de l'enfant O.V._____ et 300 fr. de prime d'assurance maladie pour la mère et l'enfant), B.T._____ assumant les charges de la maison familiale, occupée par A.T._____, par 2'300 francs. Procédant selon la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, le juge est

arrivé à une pension arithmétique de 4'450 fr., arrondie à 4'500 fr., à laquelle s'ajoutaient les charges de la maison familiale attribuée à l'épouse, assumées par l'époux.

b) B.T._____ a fait appel de cette décision et a conclu à l'attribution de la maison conjugale et au versement d'une contribution d'entretien de 1'500 fr. en faveur de son épouse. A.T._____ a conclu principalement au rejet de l'appel et subsidiairement, au cas où elle devrait changer de logement, au versement d'une pension mensuelle de 7'000 fr., ainsi qu'à la prise en charge de tous les frais de son déménagement.

Par arrêt sur appel du 30 octobre 2008, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a maintenu le prononcé dans son intégralité.

3. a) Le 18 décembre 2008, en raison de la naissance de l'enfant C.T._____, A.T._____ a déposé une nouvelle requête de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 25 mars 2009, le président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confié la garde de l'enfant C.T._____ à sa mère (I), dit que le père n'était pas tenu d'exercer son droit de visite s'il ne le souhaitait pas (II), autorisé A.T._____ à vivre dans la maison conjugale jusqu'au 30 septembre 2009 au plus tard, les charges mensuelles par 2'300 fr. étant imputées à B.T._____, la jouissance dudit domicile conjugal étant attribuée à ce dernier dès le 1^{er} octobre 2009, avec les charges afférentes (III) et arrêté la contribution d'entretien due par B.T._____ en faveur des siens à 2'700 fr. par mois, allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} décembre 2008 et jusqu'au 30 septembre 2009 et, dès le 1^{er} octobre 2009, à 5'000 fr. par mois, allocations familiales en sus (IV).

Ce prononcé arrêta les revenus annuels de B.T._____ à 237'600 fr., soit 20'661 fr. par mois, et ses charges incompressibles à

15'145 francs (savoir 1'100 fr. pour la base mensuelle, 2'300 fr. pour les charges de la maison familiale, 325 fr. de prime d'assurance maladie et 11'420 fr. d'impôts), alors que celles d'A.T._____ étaient chiffrées à 4'403 fr. (savoir 1'100 fr. pour la base mensuelle, 350 fr. pour la base mensuelle de l'enfant O.V._____, 250 fr. pour la base mensuelle de l'enfant C.T._____, un loyer estimé à 1'700 fr., 543 fr. de prime d'assurance maladie pour la mère et les deux enfants, 60 fr. de frais de transport et des impôts estimés à 400 francs).

b) Le 6 avril 2009, A.T._____ a fait appel du prononcé du 25 mars 2009.

Par arrêt sur appel du 18 novembre 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement la requête d'appel (I) et réformé le prononcé en ce sens que la jouissance de la maison conjugale restait attribuée à A.T._____, à charge pour B.T._____ d'en acquitter les charges (II), et que le montant de la contribution en faveur de l'épouse était arrêté à 6'750 francs, allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois sur le compte bancaire de celle-ci, dès et y compris le 18 décembre 2008 (III), le prononcé attaqué étant maintenu pour le surplus (IV).

Les juges ont considéré que, dans la mesure où B.T._____ ne revendiquait plus personnellement le logement familial mais souhaitait y placer une de ses filles majeures, il ne disposait tout au plus que d'un intérêt indirect à l'attribution de ce logement, qui devait dès lors revenir à l'épouse, laquelle habitait la demeure avec deux enfants. S'agissant du calcul de la contribution d'entretien, les juges ont arrêté les revenus annuels de B.T._____ à 347'831 fr. (savoir un revenu imposable de 277'600 fr. selon la déclaration fiscale 2008, montant auquel s'ajoutent la part de salaire à laquelle l'intéressé avait renoncé aux fins de diminuer fautivement sa capacité contributive, par 18'631 fr., la pension versée à l'épouse, par 36'000 fr., et la pension versée à sa fille [...], par 15'600 fr.), soit 28'986 fr. par mois. Quant aux charges des parties, les juges les ont arrêtées à concurrence de 18'145 fr. pour B.T._____ (savoir 1'100 fr.

pour la base mensuelle, 2'300 francs pour les charges de la maison familiale, 3'000 fr. de loyer [place de parc comprise], 325 fr. de prime d'assurance maladie et 11'420 fr. d'impôts) et de 2'703 francs pour A.T._____ (correspondant au montant non contesté de 4'403 francs, auquel est soustrait le loyer de 1'700 fr. dès lors que l'épouse peut demeurer dans le logement familial dont l'époux s'acquitte des frais).

c) Le 18 décembre 2009, B.T._____ a déposé un recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009.

Par arrêt du 10 mars 2010, le Tribunal fédéral a rejeté le recours, dans la mesure où il était recevable.

4. a) Par demande du 30 septembre 2010, B.T._____ a conclu, avec dépens, au divorce (I), à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde sur l'enfant C.T._____, né le [...] 2008, à sa mère (II), à la fixation du droit de visite du père (III), au versement par le demandeur d'une contribution en faveur de son fils d'un montant échelonné de 1'250 fr. à 1'450 fr., suivant l'âge de l'enfant, allocations familiales en sus (IV), à l'indexation de cette contribution (V) et au partage par moitié de la prestation de libre passage accumulée par le demandeur dès le jour du mariage au 31 décembre 2010 (VI).

b) Par requête de mesures provisionnelles du 30 septembre 2010, B.T._____ a conclu, avec dépens, à l'attribution de la garde de l'enfant C.T._____ à sa mère (I), à ce que le père jouisse d'un libre droit de visite auprès de l'enfant, moyennant entente préalable avec la mère (II), à ce que A.T._____ quitte la maison conjugale d'ici au 30 avril 2011 au plus tard, moyennant un préavis de trente jours (III), à ce que la prénommée assume seule les frais inhérents à cette maison (charges hypothécaires, frais de chauffage, frais d'électricité, frais de téléphone et taxes diverses) (IV) et à ce que la contribution due pour l'entretien de celle-ci et de l'enfant C.T._____ soit arrêtée à 5'000 fr. par mois (V).

Par procédé du 4 novembre 2010, A.T. _____ a conclu, avec dépens, principalement au rejet des conclusions de la requête de mesures provisionnelles, et reconventionnellement à l'attribution de la garde de l'enfant C.T. _____ (I), à la fixation du droit de visite du père (II), à ce que la jouissance de la maison conjugale lui reste attribuée, à charge pour B.T. _____ d'en payer l'ensemble des charges, y compris les charges hypothécaires, les frais de chauffage et d'électricité ainsi que les taxes diverses (III) et au versement par B.T. _____ d'une contribution mensuelle en faveur de sa famille de 6'750 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois sur son compte bancaire (IV).

Le 15 novembre 2010, B.T. _____ a produit un bordereau de pièces requises, parmi lesquelles sa déclaration d'impôt pour l'année 2009 (pièce 158), dont on extrait en particulier le tableau suivant, relatif à la détermination du revenu imposable :

Titres et autres éléments de la fortune

Report du code 400 [*Réd. : correspondant au revenu des activités salariées et autres revenus de toutes natures moins les primes et cotisations d'assurances*]

Titres et autres placements / gains de loterie

Déduction des intérêts de capitaux d'épargne

Frais d'administration de titres

Immeubles, terrains et forêts

Immeubles privés

Frais d'entretien d'immeubles privés et investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement

Intérêts et dettes

Privés

Déductions spéciales sur le revenu

Rentes et charges durables (droit d'habitation gratuit, etc.)

Pensions alimentaires versées

Revenu net (total des codes 400 à 640)

Code	Revenu
	78'738
410	76'437
480	- 1'500
490	- 6'011
500	390'497
540	- 156'570
610	- 151'431
620	- 22'231
630	- 81'000
650	= 126'929

Différence : Code 650 moins codes 660 à 680

690	=	126'929
730	=	126'929

Revenu intermédiaire

Sous total [(code 700) moins (codes 710 et 720)]

Selon une attestation établie le 15 novembre 2010 par [...], psychologue FSP au [...], l'enfant O.V._____ bénéficie d'une prise en charge depuis mars 2008; un bilan psychologique a été établi d'avril à juin 2008, qui a débouché depuis la rentrée scolaire d'août 2008 sur un suivi thérapeutique hebdomadaire de type psychologique. Il ressort d'une lettre établie le 2 avril 2009 par la psychologue prénommée qu"*en raison de sa souffrance et de ses fragilités, un changement, même minime, serait néfaste pour O.V._____ et pourrait provoquer un important effondrement de son psychisme. Elle a besoin et bénéficie d'une stabilité dans sa vie et d'un environnement connu où elle peut maintenir ses habitudes, après d'importants changements qui l'ont fortement perturbée*".

Les parties, chacune assistée de son conseil, ont été entendues à l'audience de mesures provisionnelles tenue par le président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne le 19 novembre 2010. En cours d'audience, elles ont signé une convention partielle, ratifiée sur le siège par le président pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, dont la teneur est la suivante :

- I. La garde sur l'enfant C.T._____ né le [...] 2008 est confiée à sa mère.
- II. Le père jouira d'un libre droit de visite, à fixer d'entente avec la mère.

Pour faciliter les relations personnelles entre le père et son fils, voire avec O.V._____, les parties conviennent de mettre en œuvre une médiation parentale, dont le médiateur sera désigné par les parties."

C. Par appel du 17 janvier 2011, B.T._____ a conclu, sous suite de dépens, à la réforme de l'ordonnance en ce sens qu'il continuera à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension

mensuelle de 2'000 francs, allocations familiales en sus, puis dès et y compris le 1^{er} août 2011 ou avant, au prorata dans l'hypothèse où l'intimée quitte la maison conjugale, par un montant supplémentaire de 1'500 fr. et ceci avec effet dès le jour du dépôt de la requête, soit au 30 septembre 2010, les autres chiffres du dispositif de l'ordonnance étant confirmés pour le surplus.

Par appel du 20 janvier 2011, A.T. _____ a conclu, sous suite de dépens, à la réforme des chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance en ce sens que la jouissance de la maison conjugale lui reste attribuée, B.T. _____ devant s'acquitter des charges mensuelles par 2'300 fr., ainsi qu'à la réforme du chiffre III du dispositif de l'ordonnance en ce sens que B.T. _____ continuera à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 6'700 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois, en ses mains.

Par mémoires respectifs du 4 mars 2011, chaque partie a conclu, sous suite de dépens, au rejet de l'appel de l'autre.

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 5 janvier 2011, 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).

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]).

Formés en temps utile par des parties qui y ont intérêt et portant notamment sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., les appels interjetés sont formellement recevables.

b) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies - soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification - et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., p. 140). Cette limitation ne vaut pas, lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, l'appelant a pris des conclusions différentes que celles articulées en première instance puisqu'il avait conclu à la fixation de la contribution pour l'entretien des siens au montant de 5'000 francs. La maxime d'office est applicable en l'occurrence, la cause concernant un enfant mineur. Il est ainsi sans incidence que les conclusions de l'appelant ne correspondent pas à celles prises en première instance.

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 (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (ibidem, p. 136).

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*, Berne 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, op. cit., nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC). 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 novae 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., Berne 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).

3. La situation des parties a été réglée d'abord par une ordonnance de mesures protectrices du 17 juin 2008, confirmée par un arrêt sur appel du 30 octobre 2008, puis par un arrêt sur appel de mesures protectrices de l'union conjugale du 18 novembre 2009 réformant une ordonnance de mesures protectrices du 25 mars 2009. Les mesures protectrices prises avant la litispendance de l'action en divorce restent en vigueur, tant qu'elles n'ont pas été annulées ou modifiées par le juge des mesures provisoires (ATF 129 III 60; cf. art. 276 al. 2 CPC). L'appelant a introduit une procédure de divorce le 30 septembre 2010 et requis le même jour les mesures provisionnelles objet de la présente procédure.

Les mesures provisionnelles ont été introduites en première instance avant l'entrée en vigueur du CPC. Selon la jurisprudence antérieure au CPC, une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (TF

5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (cf. Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC).

Il s'agit donc d'examiner le mérite des appels respectifs des parties en se demandant en particulier si les circonstances se sont suffisamment modifiées pour justifier de revenir sur les mesures protectrices de l'union conjugale instaurées en dernier lieu par l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009.

4. L'appelante conteste l'attribution du logement familial à l'appelant à partir du 1^{er} août 2011 telle que l'a décidée le premier juge.

Selon l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), à la requête de l'un des conjoints, le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier du ménage, si la suspension de la vie commune est fondée. Le juge des mesures protectrices de l'union conjugale tranche la question de l'attribution provisoire du logement conjugal à l'une des parties en fonction de l'opportunité et indépendamment de la question de savoir qui en est le propriétaire ou le locataire. S'il n'est pas possible de déterminer avec précision à qui la maison ou l'appartement sera le plus utile, c'est l'époux dont on peut raisonnablement l'exiger le plus aisément, compte tenu de toutes les circonstances, qui doit déménager (ATF 120 II 1 c. 2c p. 3, JT 1996 I 323 p. 325, concernant des mesures provisoires identiques, en substance [aux présentes mesures protectrices], pour la durée de la procédure de divorce). La jurisprudence et la doctrine ont clarifié ce qu'il fallait entendre précisément par "opportunité" (Zweckmässigkeit) et "plus grande utilité" (grösserem Nutzen). Ce qui motive prioritairement la décision, c'est l'intérêt de l'enfant à pouvoir demeurer dans l'environnement habituel qui lui est familier, ainsi que le fait, confirmé par l'expérience, que l'époux qui reste seul trouve plus rapidement à se loger, comme personne individuelle, que l'autre époux à qui la garde des enfants

a été confiée. Des motifs d'ordre professionnel ou ayant trait à l'état de santé entrent, par ailleurs, en ligne de compte lorsque l'un des époux exerce sa profession dans l'immeuble où se trouve le logement conjugal ou y exploite un commerce ou enfin, lorsque la configuration du logement est adaptée aux besoins particuliers d'un membre de la famille sénile ou invalide. Au second plan, on a égard aux intérêts d'ordre affectif, comme par exemple l'étroitesse du lien avec l'immeuble qui sert de logement conjugal, une valeur d'usage momentanément très élevée, ou la possibilité pour un époux d'en assurer personnellement l'entretien. Si la pesée des intérêts en présence ne permet pas une conclusion précise, c'est finalement, dans le doute, le statut juridique tel que la propriété ou les autres rapports d'usage que l'on prend en compte et auxquels on accorde davantage d'importance même lorsque l'on envisage une suspension du ménage commun pour une plus longue durée. Ce n'est qu'exceptionnellement (par exemple lorsque la nécessité de vendre le bien en question s'avère inévitable, dans les cas manifestes d'insuffisance financières, etc.), que des motifs d'ordre financier peuvent s'avérer décisifs pour l'attribution du logement conjugal (TF 5A_766/2008 du 4 février 2009 c. 3, publié in JT 2010 I 341, et les réf. cit.).

En l'espèce, le logement conjugal a été attribué à l'appelante par l'ordonnance de mesures protectrices du 17 juin 2008, confirmée par l'arrêt sur appel du 30 octobre 2008. Cette solution a derechef prévalu dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009. Dans la décision attaquée, le premier juge a considéré que l'introduction par l'appelant d'une procédure de divorce constituait un élément nouveau à prendre en considération. Cette approche est erronée. En effet, les mesures protectrices prises avant la litispendance de l'action en divorce restent en vigueur, tant qu'elles n'ont pas été annulées ou modifiées par le juge des mesures provisoires (ATF 129 III 60; cf. art. 276 al. 2 CPC). L'introduction d'une action en divorce n'est donc en soi pas une circonstance de nature à permettre une modification des mesures protectrices antérieures. Les conditions d'une modification sont uniquement celles évoquées ci-dessus (supra, c. 3).

L'appelante habite le logement depuis le mariage au début 2006 avec sa fille O.V._____, née en 2001 d'un premier lit, puis dès novembre 2008 avec l'enfant C.T._____, enfant commun du couple. O.V._____ est fragile psychologiquement. Cette situation, qui est restée la même depuis le prononcé des décisions en matière de mesures protectrices, va dans le sens du maintien de l'appelante et des enfants dans le logement familial. L'appelante se sert également du logement comme atelier pour peindre et pour entreposer des tableaux. Cet aspect va aussi dans le sens d'un maintien de l'appelante dans le logement. De son côté, l'époux est certes propriétaire du logement, mais il n'est pas établi qu'il aurait un intérêt direct et immédiat à l'occuper (cf. arrêt sur appel du 18 novembre 2009, qui évoque un intérêt indirect, l'époux souhaitant y placer une de ses filles majeures). Que l'époux doive récupérer le logement à l'issue de la procédure de divorce n'est pas décisif. Compte tenu de ces éléments, il apparaît que la préférence doit être accordée à l'appelante. Tout du moins, il n'existe pas de changement déterminant depuis les prononcés sur mesures protectrices qui justifierait de modifier l'attribution du logement. L'appel doit être admis sur ce point, l'appelante continuant à bénéficier du logement.

5. L'appelant conteste de son côté le montant de la contribution mis à sa charge en invoquant une dégradation de sa situation financière.

a) Il s'agit ici de déterminer si les conditions sont réunies pour modifier l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009, qui a fixé la contribution de l'appelant pour les siens à 6'750 fr. par mois. Les conditions d'une modification sont celles énoncées ci-dessus (supra, c. 3).

L'art. 137 al. 2 CC, abrogé au 1^{er} janvier 2011, respectivement l'art. 276 al. 1 CPC, mentionnent que les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 171 ss CC) sont applicables par analogie. D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe, en application de l'art. 163 al. 1 CC, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Tant que dure le mariage, les époux doivent donc contribuer,

chacun selon ses facultés (art. 163 al. 2 CC), aux frais supplémentaires engendrés par l'existence parallèle de deux ménages. Chaque époux peut prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa p. 318). Lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, le principe de l'indépendance financière gagne en importance, en sorte qu'il faut se référer aux critères applicables à l'entretien après le divorce (ATF 128 III 65 ss).

b) Les contributions provisionnelles ont jusqu'ici subi les variations suivantes. Dans l'ordonnance de mesures protectrices du 17 juin 2008, confirmée par l'arrêt sur appel du 30 octobre 2008, la contribution a été fixée à 4'500 fr. par mois, l'époux devant par ailleurs assumer les charges du logement familial, attribué à l'épouse. Ces décisions sont antérieures à la naissance de l'enfant commun du couple, né le [...] 2008. Il ressort en particulier de l'ordonnance du 17 juin 2008 que les revenus de l'appelant (revenus de l'activité dépendante, rendement des titres et rendement immobilier) ont été appréciés sur la base de sa déclaration d'impôt 2005 faisant état de 208'500 fr. de revenus, soit 17'300 fr. nets par mois, l'appelant ayant au surplus indiqué que ses revenus étaient du même ordre pour 2006 et 2007. Ensuite, dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009, l'appelant a été condamné au versement d'une contribution dès le 18 décembre 2008 de 6'750 fr. par mois pour l'entretien des siens, tout en devant par ailleurs assumer les charges du logement familial, attribué à l'épouse. Dans cet arrêt, le tribunal a retenu que les revenus nets de l'appelant se montaient au total à 347'831 fr., soit un revenu mensuel de 28'986 francs. Le tribunal s'est notamment fondé sur la déclaration fiscale de l'appelant pour 2008, laquelle indiquait des revenus imposables pour 277'600 francs.

c) Le premier juge a considéré qu'il ressortait des déclarations de l'appelant à l'audience du 19 novembre 2010 que son salaire s'élevait à un montant mensuel de l'ordre de 10'000 fr., qu'il n'avait ainsi pas varié par rapport au salaire pris en compte dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009 et qu'il ne se justifiait pas de revoir la contribution d'entretien (cf. ordonnance, p. 15). Ce faisant, le premier juge a perdu de

vue que les revenus de l'appelant ne provenaient pas uniquement de son activité salariée. Un salaire de 10'000 fr. par mois correspond d'ailleurs à 120'000 francs par année, soit un montant sensiblement inférieur à l'ensemble des revenus pris en compte dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009. Le raisonnement du premier juge ne peut donc pas être suivi.

d) L'appelant se réfère à sa déclaration fiscale pour 2009 (pièce 158). Dès lors que dans les décisions judiciaires précitées, les déclarations fiscales de l'appelant ont été prises en considération, il y a lieu de tenir cet élément pour pertinent ici. La déclaration 2009 fait état d'un revenu net imposable de 126'929 francs. La détermination de la capacité financière de l'appelant implique toutefois d'y ajouter le montant de 81'000 fr., lequel est déductible fiscalement et correspond à la pension payée à l'épouse (code 630 de la déclaration fiscale). Il y a aussi lieu d'ajouter le montant de 22'231 fr., aussi déductible fiscalement, qui correspond à une pension que l'appelant paie à sa fille majeure (code 620 de la déclaration fiscale), l'obligation d'entretien du conjoint l'emportant sur celle d'un enfant majeur (ATF 132 III 209). On parvient ainsi à un montant total de 230'160 fr. que l'appelant a réalisé comme revenus en 2009, soit un revenu mensuel de 19'180 francs. Ce revenu se situe dans un ordre de grandeur relativement proche de celui de 17'300 fr. pris en compte dans la décision du 17 juin 2008 confirmée par l'arrêt sur appel du 30 octobre 2008 sur la base de la déclaration fiscale de 2005. En revanche, la différence est sensible par rapport au revenu mensuel de 28'986 fr. pris en considération dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009. Cette différence constitue un changement de circonstances essentiel et durable qui justifie une modification, conformément à la jurisprudence précitée (supra, c. 3).

e) L'appelant soutient en outre que sa situation se serait encore dégradée en 2010 par rapport aux éléments annoncés dans sa déclaration fiscale 2009 dès lors qu'en 2010 son salaire au sein de J._____ SA a diminué et que le loyer qu'il encaisse auprès de cette société et qui lui procure ainsi un revenu a lui aussi été réduit (cf.

mémoire, p. 4). Cependant, les éléments ainsi avancés par l'appelant ne suffisent pas à rendre vraisemblable une diminution de ses revenus. L'appelant est l'administrateur et l'actionnaire de J._____ SA. Il fixe le salaire qu'il perçoit de cette société et le loyer qu'il lui réclame à sa guise. Il n'a pas démontré ni rendu vraisemblable que la réduction de son salaire et du loyer était économiquement indispensable à la pérennité économique de la société. Les comptes 2009 produits par l'appelant ne paraissent pas constituer un document officiel et aucun rapport de l'organe de révision n'est fourni. Quoi qu'il en soit, on ne saurait déduire des comptes 2009 que l'appelant devait impérativement en 2010 réduire son salaire et les loyers encaissés. Il faut donc s'en tenir aux éléments figurant dans la déclaration fiscale 2009, qui permettent d'imputer à l'appelant, comme déjà indiqué, un revenu mensuel de 19'180 francs.

f) L'appelant se plaint de ce que la décision attaquée ne contient pas d'indications sur son minimum vital. Lui-même ne fournit néanmoins aucune précision à cet égard. Pour fixer le minimum vital, on peut s'inspirer de la détermination du minimum vital figurant dans l'ordonnance du 17 juin 2008 et de celle figurant dans l'arrêt sur appel du 18 novembre 2009.

Ainsi, pour ce qui concerne l'appelant, il y a lieu de retenir une base mensuelle de 1'200 fr., les charges de la maison familiale de 2'300 fr., le loyer de 3'000 fr. (cf. arrêt sur appel du 18 novembre 2009, p. 49), l'assurance maladie de 325 francs et les impôts de 4'000 fr. (montant estimé en référence à un revenu imposable de 126'929 fr. selon la déclaration fiscale de 2009, la détermination du minimum vital dans l'ordonnance du 17 juin 2008 ayant retenu 6'000 fr. pour les impôts alors que le revenu imposable était de 208'500 fr.). Cela donne un montant total de 10'825 francs, que l'on peut arrondir à 11'000 francs.

S'agissant de l'épouse, il y a lieu de retenir une base mensuelle de 1'200 fr., 400 fr. pour l'enfant O.V._____ et 400 fr. pour l'enfant C.T._____, les frais d'assurance-maladie de 543 fr., les frais de transport de 60 fr. et les impôts de 400 francs (cf. arrêt sur appel du 18

novembre 2009, p. 42). Il n'y a pas lieu de prendre en compte de loyer vu le sort de l'appel de l'épouse sur le logement familial. Le total est ainsi de 3'003 fr., arrondis à 3'000 francs.

g) Au regard des éléments précités, les dépenses incompressibles des époux se montent à 14'000 fr. (11'000 fr. + 3'000 fr.) par mois. En tenant compte de revenus mensuels de l'appelant de 19'180 fr., le disponible est de 5'180 fr., qu'il convient de répartir par moitié entre les époux (soit 2'590 fr. chacun), étant précisé qu'on ne saurait à ce stade et vu le jeune âge de l'enfant C.T. _____ exiger de l'appelante qu'elle pourvoie elle-même à son entretien, en tout ou partie. La contribution d'entretien de l'appelant pour l'entretien des siens doit ainsi être fixée à 5'590 fr. (3'000 fr. + 2'590 fr.), montant qu'il convient d'arrondir à 5'600 francs. La requête de mesures provisionnelles a été envoyée le 30 septembre 2010, de sorte que la fixation de la contribution précitée déploie ses effets dès octobre 2010. L'appel doit dès lors être admis dans cette mesure.

6. En conclusion, l'appel d'A.T. _____ doit être admis et celui de B.T. _____ partiellement admis, dans le sens des considérants précédents. Vu le sort respectif des appels, la compensation des dépens prononcée en première instance est maintenue.

Les frais de deuxième instance sont arrêtés globalement à 1'800 francs (art. 65 al. 3 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]) et, vu le sort des appels, sont mis à la charge des appelants à raison de 900 fr. chacun, les dépens étant pour le surplus compensés (art. 106 al. 2 et 107 al. 1 let. c CPC). L'appelant a ainsi droit à la restitution d'avance de frais par l'appelante à concurrence de 300 fr., de manière à ce que les frais judiciaires soient en définitive supportés de manière égale par les parties.

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 d'A.T. _____ est admis.
- II. L'appel de B.T. _____ est partiellement admis.
- III. Il est statué à nouveau comme il suit :
 - I. La jouissance de la maison conjugale reste attribuée à A.T. _____, à charge pour B.T. _____ d'en acquitter les charges.
 - II. B.T. _____ doit dès octobre 2010 contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 5'600 fr. (cinq mille six cents francs), payable d'avance le 1^{er} de chaque mois, allocations familiales en plus, en mains d'A.T. _____.
 - III. Les frais de première instance sont arrêtés pour A.T. _____ et B.T. _____ à 200 fr. (deux cents francs) chacun.
 - IV. Les dépens de première instance sont compensés.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'800 fr. (mille huit cents francs), sont mis à la charge des appelants à raison de 900 francs (neuf cents francs) chacun.
- V. L'appelante A.T. _____ doit verser à l'appelant B.T. _____ la somme de 300 fr. (trois cents francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance, les dépens de deuxième instance étant par ailleurs compensés.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 14 mars 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

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 Irène Wettstein Martin (pour A.T. _____),
- Me Philippe Chaulmontet (pour B.T. _____).

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 le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :