

# VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1047 vom 8. Dezember 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-12-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_1047](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___1047)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1047 du 8 décembre 2015

IT: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 1047 del 8 dicembre 2015

## Regeste

RELATIONS PERSONNELLES, DROIT DE GARDE, REVENU HYPOTHÉTIQUE, OBLIGATION D'ENTRETIEN | 179 CC

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 CPC [Code de procédure civile Suisse 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 l'art. 148 let. d CPC (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), 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 vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979: RSV 173.01]).

### E. 1.2

Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, soit démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. L'appelant doit expliquer en quoi son argumentation peut influencer sur la solution retenue par les premiers juges (TF 4A\_659/2011 du 7 décembre 2011 c. 3 et 4, in SJ 2012 I 131 et in RSPC 2012 p. 128 ; TF 5A\_438/2012 du 27 août 2012 c. 2.2, in RSPC 2013 p. 29 ; TF 4A\_474/2013 du 10 mars 2014 c. 3.1). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 c. 4.3.1 ; TF 5A\_396/2013 du 26 février 2014 c. 5.3.1). A défaut de motivation suffisante, l'appel est irrecevable (TF 5A\_209/2014 du 2 septembre 2014 c. 4.2.1 ; TF 4A\_101/2014 du 26 juin 2014 c. 3.3 ; TF 4A\_651/2012 du 7 février 2013 c. 4.2).

### E. 1.3

En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales qui, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs. Selon l'appelant, le premier juge aurait mal apprécié les preuves, de sorte qu'il aurait à tort considéré qu'il n'était pas de l'intérêt des enfants de changer de lieu de vie et maintenu le statu quo. Partant, contrairement à ce que plaide l'intimée, l'appel est recevable.

### **E. 2.1**

L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, p. 134). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibid. p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43; Tappy, ibid. p. 136).

### **E. 2.2**

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 réf. citées). La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les *novas*, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, notamment en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral, après avoir considéré que cette interprétation de la loi était dépourvue d'arbitraire (TF 5A\_402/2011 du 5 décembre 2011 c. 4.2, in RSPC 2012 p. 231; cf. aussi TF 5A\_609/2011 du 14 mai 2012 c. 3.2.2, qui ne tranche pas la controverse, l'appelant n'ayant pas fait valoir que le premier juge n'aurait pas instruit conformément à la maxime inquisitoire), l'a définitivement confirmée dans l'ATF 138 III 625 c. 2.2. On doit donc retenir que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable, et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que l'existence d'une procédure simplifiée implique logiquement qu'elle doit être plus rapide et plus expédiente. Il serait paradoxal qu'elle soit en réalité plus difficile parce que le plaideur négligent pourrait faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 c. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet). 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., no 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., JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438; JT 2011 III 43). En l'espèce, l'appel porte essentiellement sur la garde de fait, respectivement lieu de résidence des enfants, les modalités de l'exercice des relations personnelles du père envers ses enfants et la contribution prévue pour l'entretien de l'épouse et des enfants mineurs si bien que la maxime d'office et la maxime inquisitoire illimitée sont applicables (art. 296 al. 1 et 3 CPC ; Hohl, op. cit., nn 2099 et 2161, pp. 383 et 395). Les pièces produites sont ainsi

recevables, dans la mesure où elles ne figuraient pas déjà au dossier de première instance.

### **E. 2.3**

A.G. \_\_\_\_\_ a sollicité, à titre de mesure d'instruction, l'audition de l'auteur du rapport SPJ. Dès lors qu'une expertise pédopsychiatrique a été ordonnée, il n'a pas été donné suite à cette réquisition. Pour le surplus, l'audition a été jugée superflue, l'avis de son auteur ressortant suffisamment dudit rapport.

### **E. 3.1**

Invoquant la violation du droit ainsi que la constatation inexacte des faits, l'appelant fait grief au premier juge de ne pas avoir statué sur les conclusions principales de sa requête de mesures provisionnelles du 16 juillet 2015 (numérotées 4.3.1 à 4.3.5), reprises à l'identique dans les conclusions principales de ses déterminations du 22 juillet 2015 (numérotées 3.2.8 à 3.2.12), et reproche à celui-ci d'avoir refusé l'élargissement de ses relations personnelles avec ses enfants au motif que les deux parents étaient incapables de communiquer à leur sujet depuis la séparation. Il soutient que l'attitude inacceptable, aveugle et récurrente de l'intimée remet désormais en cause les capacités éducatives de celle-ci et conclut à ce que la garde de fait sur les enfants lui soit attribuée.

#### **E. 3.2.1**

En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, in Pichonnaz/Foëx, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210] ; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1., FamPra.ch 2012 p. 817). Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. A cet égard, les nouvelles dispositions sur l'autorité parentale entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014 sont immédiatement applicables auprès des autorités cantonales (art. 12 al. 1 et 7b Tit. final CC ; TF 5A\_92/2014 du 23 juillet 2014 c. 2.1). Selon le nouvel art. 133 CC, le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur la garde de l'enfant et les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (al. 1 ch. 2 et 3). Le terme « garde » se réfère à la prise en charge effective de l'enfant (Message concernant une modification du Code civil suisse [Autorité parentale] du 16 novembre 2011, FF 2011 8315 p. 8338). Pendant sa minorité, l'enfant est soumis à l'autorité parentale conjointe des père et mère (art. 296 al. 2 CC), qui inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant (ATF 136 III 353 c. 3.2, JT 2010 I 491). Selon l'art. 134 CC, à la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité de protection de l'enfant, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant (al. 1). Les conditions se rapportant à la modification des autres droits et devoirs des père et mère sont définies par les dispositions relatives aux effets de la filiation (al. 2), soit les art. 270 ss CC. Aux termes de l'art. 301a CC, l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (al. 1). Un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant dans les cas suivants : le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (al. 2

let. a), ou le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (al. 2 let. b). Quand le consentement d'un parent est sollicité et qu'il le refuse, son opposition sera privée de tout effet si l'autorité accepte le déplacement, conformément à l'alinéa 2 de l'art. 301a CC. La décision d'autoriser un changement de lieu de résidence de l'enfant est prise par le tribunal dans le cadre de la procédure matrimoniale lorsque, dans le même temps – ce qui est généralement le cas –, il est nécessaire de régler ou de modifier l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles, la prise en charge ou l'entretien de l'enfant (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, n. 14 ad art. 298 CC, n. 23 ad art. 301a CC). Les critères dégagés par la jurisprudence concernant notamment l'attribution de la garde demeurent applicables, mutatis mutandis, au nouveau droit (Meier/Stettler, Droit de la filiation,

### **E. 3.2.2**

Lorsque des époux ont des enfants mineurs, le juge règle les relations personnelles entre le parent gardien et l'enfant en se basant sur les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir 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. 22 CC ; Chaix, Commentaire romand du Code civil, Bâle 2010, n. 20 ad art. 176 CC ; TF 5A\_826/2009 du 22 mars 2010 c. 2.1). Pour prendre une telle décision, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC et fait application du principe de la proportionnalité (Chaix, op. cit., n. 1 et 20 p. 1234, respectivement p. 1240). En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, comme en matière de mesures provisionnelles, le juge n'examine la cause que de manière sommaire et se contente de la vraisemblance de la preuve des faits (TF 5A\_860/2009 du 26 mars 2010 c. 1.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (TF 5A\_340/2008 du 12 août 2008 c. 3.1). Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (art. 273 al. 2 CC) ; il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier l'intérêt de celui-ci (TF 5A\_756/2013 du 9 janvier 2014 c. 5.1.2 ; 5A\_716/2010 du 23 février 2011 c. 4 et les références citées, FamPra.ch 2011 p. 491 ; ATF 131 III 209 c. 5 ; 123 III 445 c. 3b). Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, n.19.20, p. 116). Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 c. 4a ; 123 III 445 c. 3c, JT 1998 I 354). Le maintien et le développement de ce lien étant évidemment bénéfique pour l'enfant, les relations personnelles doivent être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger. L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriées 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) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 I 585). Il faut en outre prendre en considération 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, op. cit. , n. 19.16, p. 114).

### **E. 3.2.3**

Dans la mesure où elles ne sont pas par nature irréversibles, les mesures provisionnelles en cas de divorce peuvent être modifiées en tout temps si des éléments nouveaux le justifient. Cela découle d'une part de l'art. 179 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, d'autre part de la règle générale de l'art. 268 al. 1 CPC, applicable aux mesures provisionnelles de toute nature. Peuvent être pertinentes à cet égard par exemple un déménagement, des changements d'horaires ou de scolarisation d'un enfant, des modifications de la qualité de ses relations avec ses parents, des nouveautés concernant les revenus, la fortune ou les charges des parties (Tappy, CPC annoté, n. 28 ad art. 276 CPC). Pour déterminer si les mesures envisagées sont nécessaires, le juge doit procéder à une balance des intérêts appliquant le principe de la proportionnalité. Entre deux mesures susceptibles de sauvegarder les intérêts en jeu, il faut choisir la moins incisive. Il convient aussi de privilégier autant que possible le statu quo et d'éviter d'ordonner des mesures irréversibles (Tappy, op. cit. n. 35 ad art. 176 CPC).

### **E. 3.3**

Constatant que la tournure des événements et l'ampleur prise par le conflit avaient nécessité la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique et que les services de protection de la jeunesse vaudois et zurichois avaient émis des préavis en faveur de chacun des parents, le premier juge a considéré qu'il n'était pas dans l'intérêt des enfants, dans l'attente des conclusions de l'expertise, de changer de lieu de vie, ni de modifier les modalités de l'exercice du droit de visite du père tel qu'instauré depuis au moins deux ans, ni encore de suspendre les relations personnelles de celui-ci.

### **E. 3.4**

Il n'est pas contesté que le déménagement de l'intimée en Suisse allemande, en été 2013, a eu pour conséquences le déplacement des enfants à [...] et la restriction de fait du droit de visite de l'appelant ni que, quelle que soit la réglementation des relations personnelles, prononcée ou convenue, les parents ont été incapables, depuis leur séparation, de communiquer calmement concernant les enfants. Le 2 septembre 2013, le juge des mesures provisionnelles a considéré que le déménagement des enfants dans une autre région de Suisse ne constituait pas un changement significatif susceptible de justifier le transfert du droit de garde au parent non gardien et le juge délégué de la cour de céans l'a confirmé, dans un arrêt du 9 janvier 2014, après avoir personnellement procédé à l'audition des trois enfants. Les 14 novembre et 8 décembre 2014, mandat a été donné à chacun des services de protection de la jeunesse zurichois et vaudois d'évaluer les conditions d'accueil des enfants auprès de leur mère et père. Se référant aux conclusions du rapport du SPJ du 7 juillet 2015, qui préconisait d'attribuer la garde des enfants à leur père, alors que le rapport du kjz [...] du 27 avril 2015 estimait qu'il n'y avait aucun élément qui ne plaidait pas en faveur de l'autorité parentale ou en faveur du droit de garde à la mère, A.G.\_\_\_\_\_ a requis la modification des mesures provisionnelles. Or, comme l'a constaté le premier juge, le fait que chaque rapport préavise en faveur d'un parent, mais s'accorde à souligner l'intensité du conflit et la nécessité pour les parties de reconnaître leur part de responsabilité dans celui-ci, rendait indispensable la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique et le maintien, dans l'attente des conclusions de celui-ci, du statu quo. Cette appréciation ne souffre aucune critique, d'autant que, contrairement au SPJ, le kjz [...] n'a pas entendu les enfants et

ne s'est pas prononcé sur les capacités éducatives de la mère au motif que celles-ci devaient être examinés par un autre office, que la présidente a finalement déchargé de sa mission en raison de la mise en œuvre de l'expertise, que le SPJ n'a pas davantage entendu la mère et enfin que les deux offices n'ont pas confronté leurs appréciations de la situation ni ne se sont concertés. Il serait dès lors contraire au principe de la proportionnalité et à l'intérêt supérieur des enfants de procéder à ce stade à un transfert de leur lieu de résidence, d'autant que les responsabilités dans le conflit qui perturbe les relations familiales apparaissent largement partagées si l'on s'en tient aux seules observations du SPJ et du kjz [...]. En outre, le motif avancé par l'appelant, d'une altération des capacités éducatives de la mère, n'est à ce stade pas établi. C'est à l'expert qu'il reviendra de se prononcer sur l'existence d'un éventuel syndrome d'aliénation parentale ainsi que d'évaluer si l'un ou l'autre des parents est manifestement plus apte à prendre soin des enfants communs. A capacités éducatives égales et en l'absence d'entente des parties, c'est au juge du divorce qu'il reviendra de trancher la question de la garde et des relations personnelles, sur la base des autres critères dégagés par la jurisprudence et rappelés ci-dessus. Cela étant, il ne fait aucun doute que si le conflit parental perdure, les enfants des parties se trouveront dans un conflit de loyauté, si ce n'est déjà le cas, dont ils seront les premières victimes. Dès lors, pour le bien de leurs enfants, les parties ne peuvent qu'être exhortées à faire preuve de compréhension et de respect mutuels, ainsi qu'elles en ont pris le chemin en s'accordant à l'audience d'appel sur les modalités de l'exercice des relations personnelles du père si la garde devait demeurer à la mère, étant de surcroît rappelé que les conflits entre les parents ne constituent pas un motif de restreindre le droit de visite (ATF 131 III 209 c. 5, JdT 2005 I 201). Il s'ensuit que la conclusion de l'appelant est rejetée tout comme son grief fait au premier juge de n'avoir pas statué sur les conclusions principales de sa requête de mesures provisionnelles du 16 juillet 2015, reprises dans ses déterminations du 22 juillet 2015.

4. 4.1 Dans un second moyen, l'appelant se plaint d'arbitraire dans l'application de l'art. 179 CC en tant que le premier juge a retenu un changement de circonstances dans les revenus de l'épouse justifiant d'entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles du 4 juin 2015, en particulier d'avoir imputé à celle-ci un revenu hypothétique de 7'500 fr. par mois correspondant au gain qu'elle réalisait par le passé, alors que la capacité contributive de la crédièntière était en 2011 de 97'142 fr. et devrait être majorée de plus de 10% pour tenir compte de l'augmentation des salaires depuis 2012 et de son domicile à Zurich, où les salaires sont en moyenne notablement plus élevés qu'à Genève. Quant à sa propre situation, il soutient qu'il convient de réactualiser son revenu, au regard des dernières fiches de paie concernant les mois de juillet à octobre 2015 et du fait que le bonus étant discrétionnaire et non garanti, il n'aurait fallu en tenir compte que pour moitié. Il fait enfin valoir que le premier juge a retenu de manière tout à fait incompréhensible qu'il n'aurait pas allégué dans ses déterminations du 16 juillet 2015 de changements dans ses charges et qu'il a repris en conséquence celles retenues dans l'ordonnance du 2 septembre 2013.

4.2 La modification des mesures provisoires ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont, par la suite, pas réalisés comme prévus (TF 5A\_245/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3.1 ; TF 5A\_101/2013 du 25 juillet 2013 consid. 3.1 ; TF 5A\_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1 ; TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.2, publié in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF

5A\_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes ; pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A\_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 ; TF 5A\_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2.1), car la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 131 III 189 consid. 2.7.4 [au sujet de l'art. 129 CC]). Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement précédent (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; ATF 131 III 189 c. 2.7.4 ; TF 5A\_829/2012 du 7 mai 2013). Il n'est donc pas décisif qu'il ait été imprévisible à ce moment-là. On présume néanmoins que la contribution d'entretien a été fixée en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables (ATF 131 III 189 consid. 2.7.4 ; TF 5A\_845/2010 du 12 avril 2011 consid. 4.1). Le moment déterminant pour apprécier si un fait nouveau s'est produit est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; 120 II 285 c. 4b). Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 c. 11.1.1 ; ATF 137 III 604 consid. 4.1.2 ; TF 5A\_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1 ; TF 5A\_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 4.1). Lorsque le juge des mesures provisionnelles statue sur la question de la contribution d'entretien durant la procédure de divorce, la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge, trouve application (art. 272 CPC, par renvoi de l'art. 277 al. 3 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense toutefois pas les parties de collaborer de manière active à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et en lui indiquant en temps utile leurs moyens de preuve (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1). Ainsi, les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2).

4.3 Tout en reconnaissant qu'B.G.\_\_\_\_\_ avait épuisé son droit aux indemnités de chômage et réalisait depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015 un salaire inférieur à celles-ci, mais rappelant que la prénommée était, selon l'arrêt du 9 janvier 2014, à la recherche d'un emploi dans le domaine de la banque, de l'évènementiel, des hautes écoles ou des hôpitaux et entendait déployer une activité professionnelle correspondant à un taux de 60 à 80%, le premier juge a considéré que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle, après trois ans de séparation, qu'elle trouve un travail aussi bien rémunéré que par le passé, ce d'autant qu'elle n'avait produit aucune preuve concernant ses recherches d'emploi durant ce temps. Dès lors, il lui a imputé le même salaire net qu'en 2012, soit 7'500 fr. net par mois.

4.4.1 En l'espèce, force est de constater que le revenu net moyen de l'intimée durant la vie commune s'est élevé à environ 7'500 fr. nets par mois pour un taux d'activité moyen de 75% et que l'on ne saurait exiger de celle-ci, qui a la garde de trois jeunes enfants, qu'elle augmente à ce jour son temps de travail pour réaliser le revenu invoqué par l'appelant. Ainsi l'appréciation du premier juge, que l'intimée ne remet du reste pas en cause, peut être confirmée de même que le montant retenu par celui-ci à titre de salaire. L'intimée supporte une charge locative mensuelle de 4'500 fr., pour un appartement de cinq pièces, dont l'appelant dénonce le caractère

exorbitant, tout en ne remettant pas en cause, dans le cadre de l'appel, la prise en compte de ce loyer dans les charges incompressibles de l'intimée telles que retenues en première instance, mais s'y référant au contraire expressément (appel p. 17 ch. 2.2.8). L'intimée a certes reconnu à l'audience d'appel que son père s'acquittait de ce montant depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Dès lors cependant que l'appelant dispose lui-même d'un appartement de six pièces en France voisine, qui engendre des dépenses d'ordre locatif d'environ 3'400 fr. ainsi que des frais de transports de 505 fr. 70 par mois, soit des dépenses plus ou moins équivalentes, et surtout qu'il n'a pas fait appel des dépenses retenues par le premier juge, cette charge ne sera pas discutée. A cela s'ajoute qu'il n'appartient pas au père de l'intimée, qui a certes fait le choix de se rapprocher de sa famille, de suppléer au devoir d'entretien du mari autrement que temporairement. Le caractère subsidiaire du soutien financier de parents, même tenus d'une obligation alimentaire, est généralement reconnu par la doctrine (Pichonnaz, Commentaire romand CC I, Bâle 2010, n. 38 ad art. 125 CC ; Schwenger, FamKom Scheidung, Berne 2011, n. 18 ad art. 125 CC ; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, pp. 21-22 n. 01.44, p. 271 n. 05.76 et les réf. cit.), sous réserve de ce que le soutien n'apparaît pas ponctuel, mais s'inscrit dans la continuité du mode de financement du train de vie antérieur (cf. Juge délégué CACI 17 juillet 2015/372), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

4.4.2 L'appelant fait grief au premier juge d'avoir ajouté à son salaire pour l'année 2014 un bonus brut de 22'900 fr., arguant que son employeur avait confirmé que celui-ci était discrétionnaire, « n'avait pas caractère à se répéter » et que son versement n'était par conséquent pas garanti. Il paraissait selon lui équitable d'en tenir compte à hauteur de 50% en raison de son incertitude, tant quant à son principe que quant à sa quotité. En l'occurrence, le premier juge pouvait prendre en compte le bonus perçu par l'appelant qui, engagé en 2011 pour une durée indéterminée, l'a touché durant trois années consécutives, de sorte que ce bonus, versé au mois de mai de chaque année, doit s'ajouter au produit de son travail. La doctrine et la jurisprudence admettent d'incorporer le bonus au salaire mensuel du débiteur, à l'instar du treizième salaire. Le fait qu'un bonus dépende des objectifs atteints par le travailleur ou du résultat de l'entreprise et ne soit pas garanti ne s'oppose pas à la qualification comme salaire (Deluze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, Code annoté, nn. 1.33 et 1.34 ad art. 176 CC et les références). De telles rémunérations, même fluctuantes et versées à bien plaisir, doivent être prises en compte dans la capacité contributive du débiteur, pour autant toutefois qu'elles soient effectives et régulièrement versées, sur une période de temps suffisamment longue pour permettre de procéder à une moyenne (TF 5A\_304/2013 du 1<sup>er</sup> novembre 2013 consid. 4.2.4.2). De sorte que, bien que l'employeur de l'appelant ait écrit qu'il s'agissait d'une prime discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que celle-ci a été régulièrement versée et que l'appelant n'établit pas en quoi il ne faudrait en tenir compte qu'à hauteur de 50%. En conséquence, les motifs du premier juge sont adéquats et peuvent être confirmés, d'autant que l'appelant, tout en sollicitant l'actualisation de ses revenus pour les mois postérieurs à l'audience de mesures provisionnelles du 23 juillet 2015, n'a pas produit la fiche du paie du mois de mai 2015 sur laquelle devrait figurer le bonus perçu pour l'année 2014. Il s'ensuit que les revenus mensuels de l'appelant réalisés sur 44 mois s'élèvent au montant net moyen, bonus, frais de représentation forfaitaires et treizième salaire compris, de 13'503 fr. 80. S'agissant des frais de représentation, il faut préciser qu'il s'agit des frais forfaitaires alloués à l'appelant à hauteur de 648 fr. par mois, dès lors qu'il ressort de ses fiches de salaire que ses notes de frais – dont le montant fluctuant indique qu'il s'agit de frais effectifs – lui sont mensuellement remboursées et que l'appelant

n'établit pas que ce montant forfaitaire correspondrait à d'autres dépenses effectives de représentation (cf. TF 5P.5/2007 du 9 février 2007 consid. 3.4 ; CREC II 2 mars 2011/31 ; TF 5D\_10/2012 du 3 juillet 2012 consid. 3.1 et les références). L'appelant soutient encore que l'ordonnance entreprise retient de manière tout à fait incompréhensible qu'il n'aurait pas allégué dans ses déterminations du 16 juillet 2015 de changement dans ses charges, de sorte que celles retenues dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 2 septembre 2013 et confirmées par l'arrêt du 9 janvier 2014 sont reprises intégralement. Certes, l'appelant a établi un état documenté de ses charges dans ses déterminations du 16 juillet 2015. Il convient cependant d'en retrancher les dépenses qui sont comprises dans le montant de base du droit des poursuites (il en va ainsi des frais de téléphone et d'internet) et celles qui dépassent manifestement les besoins indispensables participant au minimum vital (moto, nautisme, bateau, équitation, guitare à l'occasion du droit de visite) ; s'agissant des dépenses non indispensables au minimum vital ou à l'exercice du droit de visite usuel prévalant en l'espèce, l'appelant reste libre d'utiliser comme bon lui semble la part du disponible lui étant attribuée (cf. ci-dessous). Compte tenu de ce qui précède, les charges incompressibles de chacune des parties seront répertoriées ci-après, ne comprenant pas les frais de transports liés à l'exercice du droit de visite dès lors qu'ils sont équivalents pour chacun des parents, ni la participation aux frais médicaux des parties, respectivement des enfants, dont la nécessité et l'actualité ne sont pas établies. Les allocations familiales, qui ne devraient pas être prises en compte dans le revenu du parent qui les perçoit (TF 5A\_377/2012 du 25 juillet 2015 consid.4.3), ne seront en l'occurrence pas soustraites du coût d'entretien des enfants demeurant auprès de leur mère en tant qu'elles compensent les frais de loisirs, voire d'appuis scolaires, les concernant, qui ne font pas partie du minimum vital à proprement parler (Juge délégué CACI 6 février 2012/63 consid. 5 ; 31 juillet 10§4/407) et peuvent être financés par la part de la quotité disponible attribuée à l'intimée compte tenu de la prise en charge des enfants (cf. ci-dessous). Le minimum vital de l'appelant est donc le suivant : - minimum vital (comprenant droit de visite par 150 fr.) Fr. 1'350.00 - loyer Fr. 3'407.10 - assurance maladie Fr. 410.80 - impôts Fr. 1'917.60 - frais de transport Fr. 505.70 Total Fr. 7'591.20 L'intimée supporte les charges incompressibles ci-après : - minimum vital épouse Fr. 1'350.00 - bases enfants (- allocations familiales) Fr. 1'600.00 - loyer Fr. 4'500.00 - assurance maladie épouse Fr. 362.60 - assurance maladie [...] Fr. 127.50 - assurance maladie [...] Fr. 125.50 - assurance maladie [...] Fr. 125.50 - Schulpflege (cantine) Fr. 410.00 - impôts Fr. 373.00 Total Fr. 8'974.10 Les gains du couple totalisent ainsi 21'003 fr. 80 (13'503.80 + 7'500) et leurs minima 16'536 fr. 30 (7'591.20 + 8'974.10). La quote-part du disponible (2'929 fr. 40) revenant à l'épouse (le taux de 66% retenu à ce titre par le premier juge n'a pas fait l'objet de contestation de la part de l'appelant et est approprié) s'ajoute aux charges incompressibles de celle-ci, dont on retranchera les gains ([2'929.40 + 8'974.10] - 7'500). La pension due par le mari s'élève en conséquence à 4'403 fr. 50 par mois, arrondie à 4'400 fr., allocations familiales non comprises, dès et y compris le 1 er juin 2015.

## E. 5

En définitive, l'appel de A.G. \_\_\_\_\_ doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée. L'autorité supérieure arrête elle-même les frais et dépens de deuxième instance. A teneur de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais – qui comprennent selon l'art. 95 al. 1 CPC les frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) et les dépens (art. 95 al. 2 CPC) – sont mis à la charge de

la partie succombante (Juge délégué CACI 17 juin 2014/334 c. 5). Vu l'issue du litige, il y a lieu de mettre les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (art. art. 65 al. 2 et 4 TFJC [tarif des frais judiciaires du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), à la charge de l'appelant et d'allouer à l'intimée des dépens arrêtés globalement à 2'000 fr. (art. 9 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RS 270.11.6]). Par ces motifs, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs) sont mis à la charge de l'appelant A.G.\_\_\_\_\_. IV. L'appelant A.G.\_\_\_\_\_ versera à l'intimée B.G.\_\_\_\_\_, née B.G.\_\_\_\_\_, le montant de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'arrêt est exécutoire. La juge déléguée : Le greffier : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : ■ Me Laurent Winkelmann (pour A.G.\_\_\_\_\_), ■ Me Sandra Genier Müller (pour B.G.\_\_\_\_\_). La juge déléguée 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. Le greffier :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.