

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 11 décembre 2009

Présidence de M. DENYS, président
Juges : MM. Battistolo et Colombini
Greffière : Mme Rossi

Art. 9 Cst.; 107 al. 2 LTF; 111 et 444 CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **A.H.**_____, à Nyon, défendeur au fond et requérant à l'appel, contre l'arrêt sur appel de mesures provisionnelles rendu le 6 avril 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant le recourant d'avec **B.H.**_____, à Nyon, demanderesse au fond et requérante à l'appel.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par arrêt sur appel de mesures provisionnelles du 6 avril 2009, dont la motivation a été notifiée aux parties le 7 avril 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté l'appel formé le 24 septembre 2008 par A.H._____ (I), admis très partiellement l'appel formé le 25 septembre 2008 par B.H._____ (II), confirmé les chiffres I, II, III et IV de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 12 septembre 2008 prévoyant notamment le versement par A.H._____ d'une contribution mensuelle de 16'000 fr. (III), annulé le chiffre V de cette ordonnance de mesures provisionnelles, qui prononçait - avec effet immédiat - la séparation de biens des époux (IV), dit que A.H._____ doit à son épouse B.H._____ un montant de 10'000 fr. à titre de provisio ad litem, payable en mains du conseil de celle-ci (V), arrêté les frais d'appel à 500 fr. pour chaque partie (VI), alloué à B.H._____ des dépens d'appel, par 1'000 fr. (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait de cet arrêt, dont il ressort en résumé ce qui suit:

B.H._____ et A.H._____ se sont mariés le 27 décembre 1996 devant l'officier d'état civil de Duillier. Une enfant est issue de cette union: C.H._____, née le 28 juillet 1997.

B.H._____ est également mère de deux enfants aujourd'hui majeurs, nés d'une précédente relation: A.F._____ et B.F._____.

Par requête de conciliation du 22 mai 2008, B.H._____ a ouvert action en divorce.

Le 13 août 2008, elle a déposé une demande en divorce auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 septembre 2008 rendue ensuite de la requête déposée le 22 mai 2008 par B.H._____, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a attribué la garde sur l'enfant C.H._____ à sa mère (I), fixé le droit de visite du défendeur sur sa fille (II), attribué la jouissance du domicile conjugal à la demanderesse, à charge pour elle d'en payer les charges (III), dit que le défendeur contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, en mains de la demanderesse, d'un montant mensuel de 16'000 fr., payable d'avance le premier de chaque mois, la première fois le 1^{er} mai 2008, éventuelles allocations familiales non comprises et dues en sus (IV), prononcé, avec effet immédiat, la séparation de biens des époux (V), arrêté les frais de la procédure provisionnelle à 200 fr. pour chaque partie (VI), dit que les dépens de cette procédure suivront le sort de la cause au fond (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

A.H._____ a interjeté appel contre cette ordonnance le 24 septembre 2008, concluant, sous suite de frais et dépens des deux instances, à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien qu'il doit, éventuelles allocations familiales en sus, est fixée à 6'000 fr. dès et y compris le 1^{er} mai 2008, sous imputation des sommes déjà versées.

Le 25 septembre 2008, B.H._____ a également interjeté appel et conclu, sous suite de frais et dépens, à la réforme des chiffres IV et V de l'ordonnance de mesures provisionnelles en ce sens que le défendeur contribuera à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 30'000 fr., éventuelles allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} mai 2008; que la séparation de biens des époux n'est pas prononcée et à ce qu'il soit dit, sous un nouveau chiffre VI, que le défendeur lui doit une provision ad litem de 10'000 fr., payable en mains de son conseil.

Relativement à la situation des parties, les juges de l'appel ont retenu, en renvoyant en outre expressément à l'ordonnance entreprise, que la demanderesse, qui a une formation d'architecte d'intérieur, a cessé

son activité de conseillère à la clientèle à la naissance de la fille des parties en 1997. Depuis 2003, elle exploite une boutique [...], en raison individuelle. Selon les pièces produites, ce commerce avait un découvert de quelque 17'500 fr. en 2007. Le chiffre d'affaires de la boutique pour l'année 2008 s'est élevé à 82'129 fr. 35 et, compte tenu des charges d'exploitation de 84'682 fr. 04, le découvert a été d'environ 2'550 francs. La demanderesse est également [...], à titre bénévole. Le défendeur réalise quant à lui un revenu mensuel net de l'ordre de 61'000 fr. impôts déduits.

En droit, les juges de l'appel ont confirmé le montant de la pension mensuelle due par le défendeur pour l'entretien des siens, fixé à 16'000 fr. dès le 1^{er} mai 2008. Ils ont retenu que les époux avaient été habitués à un train de vie élevé jusqu'à leur séparation et que la demanderesse s'était, depuis la naissance de leur fille, entièrement consacrée au ménage et à l'exploitation - essentiellement pour son plaisir - d'une boutique, dont elle ne tirait toutefois pas de bénéfice économique. Ils ont considéré qu'il ne se justifiait pas, à ce stade, d'imputer à l'épouse un revenu hypothétique. Il était néanmoins fortement recommandé à celle-ci de retrouver à terme une certaine indépendance financière et de revoir son train de vie à la baisse, certains postes du budget qu'elle avait établi étant parfois excessifs et les montants concernant ses enfants majeurs n'ayant pas à être exclusivement assumés par le défendeur. En outre, aucune preuve d'une réelle mise en péril des intérêts économiques de l'époux n'ayant été en l'état rapportée et le budget du commerce tenu par la demanderesse tendant à s'équilibrer, les premiers juges ont refusé de prononcer la séparation de biens des parties. La demanderesse ne disposant pas d'économies suffisantes pour faire face à la procédure qui s'avérait coûteuse, ils ont astreint le défendeur à verser à son épouse une provision ad litem de 10'000 francs.

B. Par acte du 9 avril 2009, A.H. _____ a recouru contre cet arrêt, concluant, sous suite de frais et dépens de toutes instances, à son

annulation et, subsidiairement, à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien provisionnelle est ramenée à 7'000 francs.

Dans son mémoire du 14 mai 2009, il a développé ses moyens et confirmé ses conclusions. Il a produit une pièce.

Par arrêt du 22 juin 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a écarté dit recours au motif de la tardiveté de l'avance de frais et rayé la cause du rôle.

C. Par arrêt du 16 octobre 2009, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté par A.H._____, en tant qu'il était dirigé contre le jugement sur appel rendu le 6 avril 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, et admis le recours, en tant qu'il était formé contre l'arrêt rendu le 22 juin 2009 par la Chambre des recours. Elle a annulé ce dernier arrêt et renvoyé la cause à la cour de céans pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

En droit :

1. La LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110) ne connaît pas de disposition équivalente à l'art. 66 al. 1 aOJ (ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943), qui prévoyait que l'autorité cantonale était tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Cette règle demeure toutefois valable sous le nouveau droit (TF 5A_336/2008 du 28 août 2008 c. 1.3; TF 4A_138/2007 du 19 juin 2007 c. 1.5).

En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que la Chambre des recours avait fait preuve d'arbitraire dans l'application du droit cantonal en considérant, sur la base de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'aOJ

relative aux ordres groupés, inapplicable en l'espèce, que l'avance de frais avait été payée après l'échéance du délai imparti à cet effet.

La cour de céans étant liée par ce qui a déjà été jugé définitivement par le Tribunal fédéral (ATF 133 III 201 c. 4.2; ATF 131 III 91 c. 5.2 et les arrêts cités), l'avance de frais doit être considérée comme ayant été effectuée en temps utile et il convient d'examiner le recours interjeté le 9 avril 2009 par A.H. _____.

2. a) La voie du recours en nullité de l'art. 444 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11) est seule ouverte contre les arrêts sur appel de mesures provisionnelles pour les griefs énoncés à l'al. 1 de cette disposition, celle du recours en réforme étant exclue (JT 2007 III 48; JT 1996 III 59; JT 1988 III 114; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 1 ad art. 108 CPC, pp. 211-212, et n. 1 ad art. 111 CPC, p. 217).

Interjeté en temps utile, le recours est recevable dans la mesure où il tend à la nullité, la conclusion subsidiaire en réforme étant quant à elle irrecevable.

b) La production de pièces nouvelles devant la Chambre des recours n'est pas autorisée, à moins qu'elles ne servent à établir un moyen de nullité. En l'espèce, la pièce produite par le recourant, soit le relevé du compte d'épargne de l'intimée pour la période du 1^{er} janvier au 19 août 2008, est en réalité le complément de la pièce 1004 produite par la demanderesse sur réquisition du président du tribunal d'arrondissement. Dite pièce et son complément figurent déjà au dossier.

c) Selon la jurisprudence, le Tribunal cantonal n'examine que les moyens de nullité invoqués dans le recours et ne saurait retenir d'office la violation de dispositions de procédure non invoquées par le recourant. Dans ce cadre, il qualifie librement les griefs

(Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 2 ad art. 465 CPC, p. 722).

3. Le recourant se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendu (mémoire, p. 3).

Dans le cadre du recours en nullité de l'art. 444 al. 1 CPC, le grief de violation des règles essentielles de la procédure (art. 444 al. 1 ch. 3 CPC) permet notamment de se plaindre d'une violation du droit d'être entendu (JT 2007 III 48). Toutefois, le recourant n'indique pas en quoi son droit d'être entendu aurait en l'espèce été violé, sous réserve de la considération selon laquelle ce droit «présuppose naturellement de tenir aussi compte des résultats effectifs de l'administration des preuves». Or, il résulte des moyens développés dans la suite de son mémoire que le recourant reproche au tribunal d'arrondissement de ne pas avoir tenu compte des preuves administrées, plus particulièrement des pièces au dossier, de telle sorte que ce grief se confond avec celui de l'appréciation arbitraire des preuves - qui sera examiné ci-après - et n'a pas de portée propre.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4. Le recourant invoque une appréciation arbitraire des preuves.

a) La cour de céans a admis que le grief tiré de l'appréciation arbitraire des preuves pouvait faire l'objet d'un recours en nullité au sens de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC, même au stade provisionnel (JT 2007 III 48 c. 3a; JT 2001 III 128; Tappy, note in JT 2000 III 78). Ce grief se distingue de celui de la fausse appréciation des preuves en ce sens qu'il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre apparaît concevable ou même préférable. Une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté,

ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 c. 2.1; ATF 127 I 54 c. 2b). Il y a ainsi arbitraire dans l'appréciation des preuves lorsqu'une autorité judiciaire ignore des preuves pertinentes ou n'en tient arbitrairement pas compte (cf. ATF 118 la 28, JT 1994 IV 153 c. 1b; ATF 112 la 369 c. 3).

Le grief d'appréciation arbitraire des preuves, qui est lié à l'application de règles de procédure, ne doit pas être confondu avec celui de grief d'appréciation arbitraire du droit de fond. Celui-ci n'est en effet pas lié à l'application des règles de procédure et ne relève pas du moyen de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC, cette disposition ne sanctionnant que des vices d'ordre procédural (JT 2007 III 48 c. 3a; Girardet, *Le recours en nullité en procédure civile vaudoise*, thèse Lausanne 1986, p. 24; Tappy, *Note sur les recours cantonaux en matière de mesures provisionnelles et la nouvelle LTF*, JT 2007 III 54, spéc. pp. 59 ss; Tappy, *Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral*, in *Revue suisse de procédure civile [RSPC] 1/2007*, pp. 99 ss, spéc. p. 107).

La LTF n'impose pas actuellement à la Chambre des recours d'étendre son pouvoir d'examen (art. 111 al. 3 et 130 al. 2 LTF; Tappy, in *RSPC 1/2007 précitée*, spéc. p. 107). Il en découle que, dans le canton de Vaud, l'entrée en vigueur de la LTF n'a pas changé le système de recevabilité du recours cantonal en nullité. En particulier, l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC ne permet pas à la Chambre des recours d'entrer en matière sur un grief tiré d'une violation du droit matériel, même sous l'angle de l'arbitraire (JT 2007 III 48 avec note Tappy, *op. cit.*, spéc. pp. 60-61). Il n'y

a pas matière à modification de ces règles en l'état, la LTF prévoyant un délai d'adaptation.

b/aa) Le recourant reproche aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte de certaines pièces lors de l'examen de la nécessité ou non d'allouer une provision ad litem à l'intimée.

bb) L'obligation ad litem, qui découle du devoir d'entretien, comprend notamment l'obligation d'avancer les frais de justice dans la procédure de divorce (ATF 117 II 127 c. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, 1988, n. 15 ad art. 163 CC, p. 155). L'avance de frais de procès en faveur de l'autre partie, indépendamment de sa position procédurale, peut être ordonnée par voie de mesures provisionnelles (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 40 ad art. 137 CC, p. 473; Gloor, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., 2006, n. 13 ad art. 137 CC, p. 881).

cc) En l'espèce, les juges de l'appel ont retenu que l'intimée ne disposait pas d'économies suffisantes pour faire face à la présente procédure qui s'avère coûteuse (arrêt sur appel, p. 9). Ils n'ont pas expressément fait mention, même pour les discuter, des pièces dont il ressort que l'intimée a reçu une avance sur héritage de 10'000 fr. le 26 novembre 2003 (pièce 118 du bordereau du défendeur) ainsi qu'une avance sur bénéficiaire de l'union conjugale de 100'000 fr. virée le 2 mars 2006 (pièce 119 du bordereau précité), ni du relevé bancaire indiquant qu'un montant de 26'584 fr. 10 se trouvait encore placé sur le compte d'épargne de l'intimée le 19 août 2008 (cf. document produit en complément à la pièce 1004 du bordereau de la demanderesse).

Le fait de ne pas avoir mentionné ni pris en compte les pièces 117 et 118 précitées - qui figuraient pourtant dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 12 septembre 2008 (cf. p. 7) - pourrait relever d'une appréciation arbitraire des preuves. Il convient toutefois de préciser que l'arrêt entrepris renvoie expressément à l'ordonnance de mesures provisionnelles quant à la situation des parties (arrêt sur appel, p. 6).

Même si l'omission de ces deux pièces devait être considérée comme arbitraire, elle n'est de toute façon pas de nature à influencer sur l'arrêt entrepris. Il résulte en effet du complément de la pièce 1004 que l'épargne de l'intimée a passé de 67'330 fr. 10 au 31 décembre 2007 à 26'584 fr. 10 le 19 août 2008. Il n'est en outre pas établi que l'intimée disposerait d'autres comptes bancaires. Ainsi, même en tenant compte de ces pièces, il aurait fallu aboutir à la constatation que la fortune propre de l'intimée - malgré l'avancement d'hoirie et l'avance sur la liquidation du régime matrimonial - était peu importante et ne lui permettait pas de financer une procédure qui, à ce stade, s'annonce longue et coûteuse.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

c/aa) Le recourant invoque encore une appréciation arbitraire des preuves relativement au train de vie des époux durant la vie commune, à la contre-valeur moyenne des vacances et à la valeur locative du logement familial attribué à l'intimée. Il reproche également aux juges de l'appel de ne pas avoir tenu compte des nombreux paiements qu'il a effectués (mémoire, pp. 5-7).

bb) Les juges de l'appel font état, de manière exhaustive bien que synthétique, des chiffres avancés par le recourant à l'appui de sa position. Ils mentionnent, au chiffre 6a de leur arrêt (p. 6), le montant de 7'000 fr. pour «l'argent du ménage», le budget pour les vacances de 850 fr. par mois, la valeur locative du logement familial occupé par l'intimée pas inférieure à 3'000 fr. par mois et les nombreux paiements dont le recourant s'est acquitté notamment en faveur des enfants de l'intimée nés d'une précédente relation, soit en sus de la contribution d'entretien.

Ainsi, les arguments développés par le recourant aux chiffres 3c à 3e et 4a de son mémoire sont sans pertinence. Le jugement contient, bien que résumés, les éléments de fait dont le recourant se plaint qu'ils n'auraient pas été pris en considération. La question de savoir si le raisonnement opéré au fond par les juges de l'appel sur la base de ces

éléments est ou non bien fondé relève du droit matériel et ne saurait être examiné dans le cadre d'un recours en nullité.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point également, dans la mesure où il est recevable.

d) Le recourant soutient que son obligation d'entretien envers les enfants de l'intimée nés d'un premier lit est subsidiaire et que ceux-ci ne doivent pas être comptés dans le ménage de l'intimée, étant en outre majeurs. Il émet de plus des critiques sur certains postes du budget établi par l'intimée (mémoire, ch. 5 et 6, p. 8 s.).

Ces arguments relèvent uniquement de l'application du droit matériel et sont irrecevables dans le cadre du recours en nullité.

e) Le recourant estime encore, en se basant sur la profession de conseillère à la clientèle exercée par l'intimée avant la naissance de leur fille et sur le redressement financier de la boutique tenue par son épouse, qu'il convient d'imputer à l'intimée un revenu hypothétique.

Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne la réalisation d'un revenu (revenu hypothétique) est une question de droit. En revanche, la détermination du revenu hypothétique est un point de fait, c'est-à-dire une hypothèse qui découle de l'appréciation d'indices, d'éléments concrets et non seulement de l'expérience générale de la vie (ATF 126 III 10 c. 2b, JT 2000 I 121; TF 5A_51/2007 du 24 octobre 2007 c. 4.1).

En l'espèce, les juges de l'appel ont estimé qu'il ne se justifiait pas à ce stade d'imputer à l'intimée un revenu hypothétique (arrêt sur appel, p. 7). Ce point de droit matériel ne pouvant pas être revu dans le cadre d'un recours en nullité, peu importe la question de savoir quel revenu pourrait effectivement être réalisé par l'intimée.

Mal fondé, le recours doit aussi être rejeté sur ce point.

5. Enfin, le recourant invoque l'application arbitraire du droit matériel (mémoire, p. 4). Comme exposé précédemment (cf. c. 4a supra), ce grief est irrecevable dans le cadre d'un recours en nullité.

6. En conclusion, le recours doit être rejeté, en application de l'art. 465 al. 1 CPC, dans la mesure où il est recevable. L'arrêt sur appel est maintenu.

Les frais de recours du recourant sont arrêtés à 3'000 fr. (art. 233 al. 3 TFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5]).

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 465 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II.** L'arrêt sur appel est maintenu.
- III.** Les frais du recourant A.H. _____ sont arrêtés à 3'000 fr. (trois mille francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 11 décembre 2009

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

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Paul Marville (pour A.H. _____),
- Me Alain Dubuis (pour B.H. _____).

La Chambre des recours 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 :

- Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :