JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 12 mai 2011

Présidence de Mme KÜHNLEIN, juge délégué
Greffier : Mme Logoz

*****

Art. 276 al. 1, 317 al. 1 CPC; 137 al. 2, 163 al. 1, 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M._____**, à Aubonne, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 7 mars 2011 par le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.S._____**, à Aubonne, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 7 mars 2011, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Côte a dit que A.S._____ contribuera à l'entretien de ses enfants mineurs par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de M._____, d'une contribution mensuelle, allocations familiales non comprises et dues en sus, correspondant à 60 % de son salaire mensuel net de 37'971 fr., dès le 1er octobre 2010, ainsi que par le versement chaque année d'un montant correspondant à 60 % de ses bonus annuels nets mais au maximum un montant arrondi à 146'000 fr., dans les trente jours suivant la réception de ceux-ci (I), arrêté les frais de la présente procédure à 200 fr. pour chaque partie (II), dit que les dépens de la procédure provisionnelle suivent le sort de la cause au fond (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a admis, dans le cadre de la demande unilatérale de divorce déposée par A.S._____, sa requête tendant, en mesures provisionnelles, au réexamen de la contribution d'entretien convenue précédemment dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Il a maintenu le principe de la fixation de la contribution d'entretien en fonction d'un certain pourcentage du revenu du requérant, et non selon le critère de la couverture de l'entretien convenable. Il a toutefois considéré qu'il convenait de limiter cette contribution au maintien du train de vie de l'intimée, par le biais du plafonnement du montant versé chaque année sur les bonus perçus par le requérant, ceci afin d'éviter une liquidation anticipée du régime matrimonial.

B. Par appel du 18 mars 2011, M._____ a contesté l'ordonnance du 7 mars 2011, concluant, avec suite de frais et dépens, à ce qu'elle soit partiellement réformée en ce sens que, chaque année, A.S._____

versera à M._____ un montant correspondant à 60 % de ses bonus annuels nets dans les trente jours suivant la réception de ceux-ci.

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

1. M._____, née [...] le [...] 1967, et A.S._____, né le [...] 1962, se sont mariés le [...] 1991 à Crans-près-Céligny.

Cinq enfants sont issus de cette union:
- W._____, né le 20 septembre 1992, aujourd'hui majeur;
- B.S._____, né le 16 octobre 1993;
- C.S._____, né le 27 avril 1996;
- D.S._____, née le 27 septembre 1998;
- E.S._____, née le 1er mars 2002.

2. Les parties sont séparées depuis le 1er septembre 2008.

Leur régime de séparation est notamment réglé par une convention signée à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 juin 2009, prévoyant que M._____ conserve la jouissance du domicile conjugal, à charge pour elle d'en payer les charges, étant précisé que l'amortissement et l'assurance-vie risque pur sont assumés par moitié par chaque partie. La garde sur les enfants a été attribuée à leur mère. La contribution d'entretien due par A.S._____ a été fixée à un montant correspondant à 60 % de son salaire mensuel net, soit alors 40'300 fr., allocations familiales non comprises, dès le 1er juillet 2009, plus un montant correspondant à 60 % de ses bonus annuels nets, payable dans les trente jours dès réception de ceux-ci en mars et avril. Un régime particulier a toutefois été prévu s'agissant des bonus perçus pour l'année 2008. Enfin, les parties ont convenu qu'elles assumeraient par moitié, dès le 1er juillet 2009, les charges relatives au chalet dont elles sont propriétaires à [...].

A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 mars 2010, les parties ont encore passé un accord particulier s'agissant des bonus perçus pour l'année 2009.

Dites conventions ont été ratifiées séance tenante pour valoir prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale.

3. A.S._____ est Assistant General Counsel, GSC, Compliance and Anti-Illicit Trade, Vice President du groupe [...] dont fait partie la société [...]. Son salaire mensuel net est de 37'791 fr., allocations familiales non comprises.

Il perçoit en outre chaque printemps des bonus pour l'année civile écoulée. Pour l'année 2009, le montant des bonus s'est élevé à 519'630 fr. 52. Le montant des bonus perçus pour l'année 2010 n'est pas connu.

4. M._____ est au bénéfice d'une formation d'infirmière en soins intensifs. Elle n'a plus pratiqué depuis la naissance de son deuxième enfant. Elle admet ne pas rechercher à exercer d'activité lucrative, en invoquant le fait qu'elle s'occupe de ses cinq enfants, tous encore à la maison. W._____ est toutefois majeur, B.S._____ le sera au mois d'octobre prochain et C.S._____ est âgé de quinze ans. D.S._____ et E.S._____ sont âgées respectivement de 12 et 9 ans.

A l'audience du 7 mars 2011, M._____ s'est référée au budget qu'elle a produit le 19 mars 2010 dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale pour déterminer les charges lui permettant de maintenir son train de vie et celui de ses enfants. Il résulte de ce budget que ses dépenses mensuelles sont les suivantes:

- frais et charges du domicile familial à [...]: fr. 5'678.70
- frais et charges du chalet d' [...]: fr. 2'376.00
- charges du ménage: fr. 12'960.00
- frais de déplacement: fr. 3'096.90

- activités sportives des enfants: fr. 1'750.00

TOTAL fr. 25'861.60

Afin de tenir compte de la charge d'impôt de M._____ et du fait que W._____, devenu majeur, n'émarge plus au budget de sa mère, le premier juge a retenu un montant mensuel global de 35'000 fr. à titre de budget de l'appelante.

5. A.S._____ a ouvert action en divorce par le dépôt d'une demande unilatérale datée du 11 octobre 2010.

Par requête des mesures provisionnelles du même jour, A.S._____ a pris les conclusions suivantes:

"I. La pension prévue au chiffre VI de la convention ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 juin 2008 est modifiée de la façon suivante:

(i) Le requérant contribuera à l'entretien de M._____ à compter du 1er novembre 2010 par le régulier versement en mains de celle-ci, d'avance le 1er de chaque mois, d'une pension de 8'000 fr. par mois, ce montant étant ramené à 5'000 fr. par mois dès le 1er juin 2011.

(ii) Le requérant contribuera à l'entretien de ses enfants mineurs à compter du 1er novembre 2010 par le régulier versement en mains de A.S._____, d'avance le 1er de chaque mois, d'une pension, allocations familiales en sus, de:

- 1'600 fr. jusqu'à douze ans révolus;
- 1'650 fr. de douze ans révolus jusqu'à quinze ans révolus;
- 1'700 fr. de quinze ans révolus jusqu'à la majorité de l'enfant.

(iii) Toute autre clause relative à l'entretien de M._____ ou des enfants mineurs est révoquée.

II. A.S._____ est en droit d'imputer le montant de 22'358 fr. 40 sur les contributions d'entretien à verser en mains de M._____ en application du chiffre I ci-dessus.

III. A.S._____ est en droit d'imputer le montant de 6'083 fr. 40 sur les contributions d'entretien à verser en mains de M._____ en application du chiffre I ci-dessus.

IV. Les frais de séjours linguistiques de B.S._____ supportés à hauteur d'une demie par A.S._____ sont portés en déduction de la pension versée en faveur de celui-là".

6. M._____ n'a pas procédé par écrit.

A l'audience de mesures provisionnelles du 17 janvier 2011, elle a conclu au rejet des conclusions de la requête, avec dépens.

Elle a produit un lot de pièces le 21 janvier 2011.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile 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. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judicaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

2. **a)** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137). 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 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 preuve 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, p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad. art. 317 CPC; Reetz/Hilber, Kommentar zur Sweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil

fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al.1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits et 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, 2ème éd., 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). Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire commande au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves; il ordonne d'office l'administration de toutes les preuves propres et nécessaires à établir les faits pertinents. La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses (ATF 128 III 139 c. 3.2.1). 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., n. 2415 p. 438).

En l'espèce, le couple a encore quatre enfants mineurs à charge si bien que la maxime d'office et la maxime inquisitoire sont applicables.

3. L'appelante conteste le plafonnement, à 35'000 fr. par mois, de la contribution due par l'intimé pour l'entretien de sa famille. Elle estime que ce montant ne lui permet pas de couvrir ses charges. A titre d'exemple, elle invoque s'être acquittée récemment d'un montant de 20'000 fr. en faveur de son fils B.S._____, puis d'un autre de 8'000 fr. concernant son voyage à Munich. Par ailleurs, elle estime que le calcul fait par le premier juge permet à l'intimé de bénéficier d'un train de vie supérieur à celui qu'il avait pendant la vie commune, puisqu'il a à sa disposition 561'178 fr., ce qui lui permet d'épargner et risque de provoquer une liquidation anticipée du régime matrimonial.

a) Le juge fixe le principe et le montant de la contribution d'entretien à verser par l'une des parties à l'autre selon l'art. 176 al.1 ch. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), applicable par analogie aux mesures provisoires pendant la procédure de divorce (art. 137 al. 2 aCC qui reste applicable aux procédures en divorce ouvertes avant le 1er janvier 2011; Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JT 2010 III 14). Cette contribution se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 c. 3b, 118 II 376 c. 20b et les références citées).

La situation d'un couple séparé, totalement désuni, doit s'apprécier en s'inspirant des principes régissant l'hypothèse d'un divorce (ATF 118 III 65 c. 4a), en particulier l'art. 125 al. 1 CC concernant l'entretien après le divorce. Celui-ci concrétise deux principes: d'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenues durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de

pourvoir à son entretien (ATF 132 III 598 c. 9.1 et les références citées). Indépendamment de sa durée, un mariage a eu une influence concrète sur la situation financière de l'époux créancier lorsque le couple a eu des enfants communs (ATF 135 III 59 c. 4.1). Il n'en demeure pas moins que, tant que dure le mariage, c'est l'art. 163 al. 1 CC qui constitue la cause de l'obligation d'entretien. Si l'épouse déploie déjà sa pleine capacité de gain, il n'est donc pas arbitraire d'appliquer la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent par moitié, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet de faire bénéficier l'intéressée d'un niveau de vie supérieur à celui mené par le couple durant la vie commune (TF 5A_409/2007 du 4 novembre 2007 et les références citées). Dans tous les cas, le train de vie durant le mariage constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (TF 5A_ 205/2010 c. 4.2.3, in FamPra.ch 2010 p. 894). Le principe d'égalité de traitement des époux en cas de vie séparée ne doit en effet pas conduire à ce que, par le biais d'un partage par moitié du revenu global, se produise un déplacement du patrimoine qui anticiperait sur la liquidation du régime matrimonial (ATF 114 II 26 c. 8). Pour que le juge puisse s'écarter d'une répartition par moitié de l'excédent, il faut donc que soit établi que les époux n'ont pas consacré, durant la vie commune, la totalité du revenu à l'entretien de la famille (ATF 119 II 314 c. 4b). Il incombe en principe au créancier de la contribution d'entretien de préciser les dépenses nécessaires au maintien de son train de vie et de les rendre vraisemblables (TF 5A_ 732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2 et les références citées). Cette jurisprudence concerne précisément le cas d'une épouse qui a bénéficié d'un train de vie confortable pendant la vie commune et qui allègue avoir droit à plus de 50 % de l'excédent pour couvrir ses dépenses.

b) En l'espèce, l'appelante n'a pas procédé par écrit au stade des mesures provisionnelles. A l'audience, elle s'est référée au budget produit le 19 mars 2010 dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale selon lequel le montant total mensuel dont elle avait besoin pour maintenir son train de vie était de 25'861 fr., soit 5'678 fr. 70 pour couvrir les frais et charges du domicile conjugal à [...], 2'376 fr. pour les frais liés à la résidence secondaire à [...], 12'960 fr. pour couvrir globalement les charges du ménage ainsi que 3'096 fr. 90 de

frais de déplacement et 1'750 fr. pour les dépenses liées aux activités sportives des enfants. Elle a en outre allégué payer des impôts à concurrence de 114'000 fr. pour l'impôt communal et cantonal et 48'000 fr. pour l'impôt fédéral direct et produit des pièces à cet égard, postérieurement à l'audience de mesures provisionnelles.

Sur la base de ces allégations, mais écartant les pièces produites après l'audience, le premier juge a retenu que le montant global du budget de l'appelante était de 35'000 fr., impôts compris et une fois déduits 2'000 fr. correspondant à l'entretien de W._____, maintenant majeur. L'appelante ne conteste pas le calcul tel qu'il a été effectué par le premier juge. Elle estime que 35'000 fr. ne suffisent finalement pas à couvrir ses dépenses courantes et mentionne en exemple des frais extraordinaires qu'elle a dû assumer pour les enfants. C'est oublier que le premier juge s'est fondé sur le budget qu'elle a elle-même établi. En application du principe selon lequel les parties doivent collaborer à l'administration des preuves, elle ne saurait prétendre, au stade de l'appel, que ce budget est finalement erroné et qu'elle doit assumer des frais supplémentaires. Au demeurant, l'appelante ne produit aucune pièce à même de rendre vraisemblable l'existence de ces dépenses.

c) L'appelante relève encore que l'intimé, en s'acquittant d'une pension plafonnée à 35'000 fr., bénéficierait d'un train de vie plus confortable que pendant la vie commune. Ce faisant, elle requiert implicitement qu'il soit fait application de la règle du partage par moitié de l'excédent pour respecter une certaine équité entre les conjoints et éviter qu'il n'y ait une liquidation anticipée du régime matrimonial. Or en l'espèce, les revenus du travail du débitrentier dépassent manifestement le seuil permettant aux époux de conserver le niveau de vie de leur choix. De jurisprudence constante, la règle du partage par moitié n'est dès lors pas applicable car elle aurait pour conséquence un transfert de patrimoine. Contrairement à ce que semble soutenir l'appelante, le fait de laisser à la libre disposition du débitrentier une partie de l'excédent n'a pas pour effet de liquider prématurément le régime matrimonial. C'est

précisément pour éviter le transfert du patrimoine qu'une partie de l'excédent est laissé à la libre disposition du conjoint.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

4. L'appelante conteste également un point du considérant 6b de l'ordonnance attaquée selon lequel "l'intimée est (...) exhortée à faire des démarches pour réintégrer le circuit économique et acquérir ainsi au moins en partie une indépendance financière" (jugement p. 6). Elle explique que d'un point de vue financier, il ne serait pas intéressant pour elle de reprendre un emploi.

Comme l'admet l'appelante, ce point n'a pas d'incidence sur le sort des mesures provisionnelles. Il n'a dès lors pas à être examiné par le juge de céans.

5. En conclusion, l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 2'500 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Les frais, qui comprennent les dépens selon l'art. 95 al. 1er CPC, doivent être mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1er CPC).

En l'espèce, l'appelante succombe et supportera les frais de justice.

L'intimé n'ayant pas procédé, il ne sera pas alloué de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d’appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

I. L’appel est rejeté.

II. L'ordonnance est confirmée.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'appelante M._____.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué : Le greffier :

Du 12 mai 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 Mireille Loroch (pour M._____),
- Me Jean-Marc Reymond (pour A.S._____).

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

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Côte.

Le greffier :