

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 21 juillet 2009

Présidence de M. DENYS, président
Juges : MM. Battistolo et Sauterel
Greffier : Mme Bourckholzer

Art. 444 al. 1 ch. 3 et 465 al. 1 CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **M.**_____, demanderesse au fond et intimée à l'appel, au Muids, contre l'arrêt sur appel de mesures provisionnelles rendu le 17 avril 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant la recourante d'avec **E.**_____, à Gland.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par arrêt sur appel de mesures provisionnelles du 17 avril 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a admis partiellement l'appel de E. _____ (I), dit que l'appelant contribuera à l'entretien de sa famille par le versement d'une pension mensuelle de 1'100 fr., éventuelles allocations familiales non comprises et dues en sus, dès et y compris le 1^{er} juillet 2008 (II), statué sur les frais et dépens de la procédure d'appel (III et IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

Les faits nécessaires à l'examen de la cause sont les suivants :

M. _____, née Z. _____ le 31 août 1972, et E. _____, né le 10 mars 1969, sont les parents de trois enfants nés entre 1998 et 2004.

Dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale prises le 6 avril 2005, E. _____ s'est engagé à verser une contribution d'entretien de 1'800 fr. pour sa famille.

Par la suite, M. _____, puis E. _____ ont entrepris de divorcer.

Au cours du procès en divorce, E. _____ a déposé plusieurs requêtes de mesures provisionnelles tendant notamment à la suppression de la contribution d'entretien.

Par ordonnance du 13 juin 2007, le Président du Tribunal a rejeté une requête en ce sens du 13 mars 2007.

Une nouvelle requête, portant sur le même objet, a également été rejetée par une ordonnance du 6 janvier 2009. Dans sa décision, le président du tribunal a notamment retenu que le requérant avait pour 2'082 fr. 50 de charges, qu'il vivait avec une amie, dont il avait eu un

enfant, qui disposait de 4'400 fr. de revenus par mois, et qu'il avait par ailleurs bénéficié mensuellement de prestations de l'assurance chômage d'environ 4'731 fr. nets, du mois de décembre 2006 au mois de juillet 2008, calculées sur la base d'un gain assuré de 7'000 fr. brut à 80 %, soit une indemnité journalière de 258 fr. 05. Il a en outre relevé qu'au vu de son âge et de sa formation de technicien informaticien, le requérant était en mesure de retrouver rapidement un emploi à la condition de faire les efforts nécessaires et d'étendre ses recherches à d'autres domaines d'activités, et que sa capacité contributive pouvait être évaluée au minimum du montant des indemnités de chômage qu'il avait perçues jusqu'au mois de juillet 2008.

Le 16 janvier 2009, E. _____ a fait appel de cette ordonnance et conclu, sous suite de frais et dépens, à sa réforme, respectivement à son annulation, en ce sens qu'il est libéré du paiement de toute contribution d'entretien, dès et y compris le 1^{er} juillet 2008.

L'intimée a conclu au rejet de l'appel.

L'appelant a pour l'essentiel fait valoir que les conditions posées par la jurisprudence pour retenir un revenu hypothétique n'étaient pas remplies. Il a déclaré que son revenu effectif était actuellement nul, qu'il n'avait pas volontairement renoncé à un revenu supérieur dans la mesure où son délai-cadre de l'assurance chômage avait tout simplement pris fin depuis l'été 2008 et que, malgré ses nombreuses recherches depuis plus de deux ans, en ayant accompli tous les efforts qu'on pouvait raisonnablement exiger de lui, il ne lui avait pas été possible de trouver un emploi. Il reprochait en particulier au premier juge de ne pas avoir pris en compte la situation du marché du travail, dans un contexte de crise financière, ni sa situation personnelle. Il a produit tous les formulaires de "preuves de recherches personnelles effectuées en vue de trouver un emploi" de l'assurance chômage le concernant pour le mois de novembre 2006 et les mois de janvier 2007 à juin 2008.

Lors de l'audience d'appel sur mesures provisionnelles du 13 mars 2009, l'appelant a montré au Tribunal les refus de ses offres de service datant du 29 janvier 2007 au 9 septembre 2008 et précisé qu'il avait également fait des recherches d'emploi en dehors de l'ORP. Il a déclaré qu'il avait continué ses recherches d'emploi au même rythme jusqu'au mois de novembre 2008, mois au cours duquel il avait averti l'intimée qu'il envisageait de reconstituer une société de délégation et qu'il continuait encore, mais qu'il n'y avait pas beaucoup d'offres en ce moment à cause de la crise financière. Il a également exposé ce qui suit. Il était ingénieur informaticien de formation, mais il n'avait pas exercé pendant 7 ans, raison pour laquelle il n'avait pas recherché d'emploi majoritairement dans l'informatique et qu'il avait dû réapprendre son métier de base. Il était auparavant salarié de sa propre société, mais à la suite du départ de son associé, d'un certain nombre de collaborateurs et de deux gros clients, sa société avait perdu beaucoup d'argent et avait finalement été liquidée. La seule solution pour lui, au vu de sa situation actuelle, était de recréer une société, opération qui nécessiterait cependant qu'il puisse libérer une partie de ses avoirs de prévoyance professionnelle. Il ne s'était pas mis volontairement dans cette situation, il avait toujours payé ce qu'il pouvait, avait continué à verser 900 fr. de pension pendant toute sa période de chômage et il essayait de trouver une solution. Il avait eu des aides financières ponctuelles de sa famille, notamment de sa compagne et de ses frères. Il était allé demander le revenu minimum d'insertion mais il ne pouvait pas le toucher étant donné qu'il vivait avec son amie, que celle-ci avait une situation stable et qu'ils avaient un enfant commun.

Quant à l'intimée, elle s'est opposée à toute suppression ou diminution de la contribution d'entretien, persuadée de la mauvaise foi et du manque d'effort de son époux. Elle a relevé qu'elle-même avait fait tous les efforts possibles pour améliorer son revenu, en augmentant son taux d'activité, qu'elle s'était efforcée de diminuer ses charges, que l'appelant ne lui versait plus rien et qu'il lui devait 34'100 francs d'arriérés, lui reprochant par ailleurs de ne pas rechercher un emploi lui correspondant, par exemple un emploi « non supérieur».

En droit, les juges de l'appel ont constaté que l'appelant n'avait toujours pas retrouvé une activité professionnelle alors que son âge et sa formation le lui auraient permis et qu'il aurait dû orienter ses recherches vers des postes à moindres responsabilités, comme celui d'employé de commerce, pour faire face à ses obligations, plutôt que de les concentrer sur des emplois de cadre, jusqu'ici sans succès. Estimant que l'appelant était donc en mesure de gagner un revenu en faisant les efforts que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui, ils lui ont imputé un revenu hypothétique, qu'ils ont arrêté à 4'000 fr., tenant compte notamment du fait qu'il devait à présent centrer ses recherches sur des postes moins qualifiés.

B. Par acte d'emblée motivé, M. _____ a recouru contre cet arrêt en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation. Elle a produit une pièce.

En droit :

1. 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 (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).

Le recours, interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

b) La production de pièces nouvelles dans le cadre d'un recours en nullité n'est pas admise, à moins qu'il ne s'agisse d'établir un fait de procédure (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n.10 ad art. 444 CPC).

En l'espèce, la pièce produite par la recourante concerne une enquête suisse menée sur la structure des salaires en 2006. Cette pièce n'ayant pas trait à un fait de procédure, elle est irrecevable.

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).

2. a) La Chambre des recours 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).

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 RSPC 1/2007, pp. 99 ss, spéc., p. 107).

b) La recourante reproche aux juges de l'appel d'avoir fait preuve d'arbitraire en retenant que l'intimé ne pouvait retrouver un emploi de cadre et que son revenu hypothétique ne pouvait excéder 4'000 fr par mois, même pour un poste d'employé de commerce.

Il résulte des éléments au dossier que l'intimé est ingénieur informaticien et qu'il n'a exercé cette profession, dont on sait qu'elle est sujette à d'importantes fluctuations selon l'évolution du marché, que durant 7 années. Il a recherché un emploi pendant près de deux ans, puis a réduit ses recherches dans les 4 à 5 mois qui ont précédé l'audience d'appel. On ne peut toutefois lui reprocher d'avoir été moins assidu dans les derniers temps dès lors qu'on ne saurait contester la difficulté de retrouver un emploi de cadre dans le contexte économique actuel. Au reste, l'intimé envisage de se mettre à son compte. Il n'est donc pas arbitraire de considérer qu'en l'état, l'intimé ne peut prétendre à un emploi supérieur et que son revenu hypothétique ne saurait, dans ces conditions, être calculé sur la base d'un salaire de cadre. Au demeurant, même si elle était recevable, la pièce que la recourante a produite, qui porte sur une étude des salaires en 2006, ne modifierait en rien cette analyse, la situation économique ayant fortement évolué depuis l'année au cours de laquelle cette étude a été menée.

S'agissant du revenu, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Selon les situations, il peut toutefois s'écarter de celui-ci et retenir en lieu et place un revenu hypothétique, dans la mesure où le débiteur pourrait gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en

accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. Cependant, lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est en mesure de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut raisonnablement exiger de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a). Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 c. 4a ; arrêt 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit. En revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb p. 7; arrêt 5C.40/2003 précité c. 2.1.2; ATF 126 III 10 c. 2b, pp. 12/13). Dans le cadre d'un recours en nullité, la cour de céans ne peut revoir que ce dernier point, sous l'angle de l'arbitraire.

En l'espèce, la recourante estime que le revenu hypothétique de 4'000 francs nets retenu par les juges de l'appel pour un poste d'employé de commerce est largement sous-évalué et qu'un montant d'au moins 4'731 fr. nets correspondrait davantage au poste recherché.

Si la recourante critique le montant de 4'000 fr., elle n'explique pas en quoi les juges de l'appel auraient arbitrairement apprécié les preuves qui leur ont été soumises et qui leur ont permis de retenir le montant litigieux. En tout état de cause, retenir le montant de 4'000 fr. net, soit 4'400 à 4'500 fr. bruts, n'a rien d'arbitraire. En effet, il correspond à un poste non qualifié, pas aisé à trouver dans le cadre du marché actuel, et cela, sans compter que l'intimé, qui n'a plus travaillé depuis plus de deux ans, se trouve en concurrence avec des travailleurs plus jeunes, dont la formation est souvent plus en adéquation que la sienne avec le poste recherché. Le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves est infondé.

3. Le recours doit être rejeté en application de l'art. 465 al. 1 CPC et l'arrêt attaqué maintenu.

Les frais de recours de la recourante sont arrêtés à 800 francs.

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.
- II.** L'arrêt sur appel est maintenu.
- III.** Les frais de la recourante sont arrêtés à 800 fr. (huit cents francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 juillet 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 Jean-Luc Marsano (pour Mme M. _____),
- Me Paul Marville (pour M. E. _____).

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, au :

- Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :