

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 6 novembre 2009

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

Art. 137, 176 CC ; 110, 444 al. 1 ch. 3 CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **T.**_____, à Genève, requérant à l'appel, contre l'arrêt sur appel de mesures provisionnelles rendu le 22 mai 2009 par le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant le recourant d'avec **W.**_____, à Lausanne, intimée à l'appel.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par arrêt sur appel de mesures provisionnelles du 22 mai 2009, notifié aux parties le 25 mai 2009, le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête d'appel du 15 décembre 2008, déposée par T._____ (I), confirmé l'ordonnance de mesures provisionnelles du 2 décembre 2008 (II), mis les frais par 500 fr. à la charge de T._____ (III), dit que T._____ doit 2'500 francs de dépens, plus TVA, à W._____ (IV), rejeté toutes autres et plus amples conclusions (V) et déclaré l'arrêt immédiatement exécutoire nonobstant recours (VI).

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

1. Par requête de conciliation du 5 septembre 2008, T._____ a ouvert action en divorce devant le Juge de paix du district de la Riviera-Pays d'Enhaut. Le 28 novembre 2008, le juge de paix a envoyé aux parties un acte de non-conciliation.

2. Les 4 et 30 septembre 2008, T._____ a déposé des requêtes de mesures provisionnelles auprès du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 2 décembre 2008, ce magistrat a notamment confié la garde de l'enfant des parties à l'intimée W._____ et imposé au requérant d'exercer son droit de visite par l'intermédiaire du Point Rencontre.

3. Par acte du 15 décembre 2008, T._____ a fait appel de cette ordonnance et conclu principalement à ce que la garde de l'enfant lui soit confiée. D'après le procès-verbal des opérations du Tribunal, T._____ a ensuite, par télécopie du 28 janvier 2009, requis la suppression de l'audience d'appel en raison de l'absence de dépôt d'une demande au fond. Requis par le Président du Tribunal de préciser si cette requête valait retrait de l'appel, il a répondu, le 30 janvier 2009, qu'il maintenait l'appel interjeté tant que les mesures provisionnelles n'étaient pas déclarées

caduques. Quant à l'intimée à l'appel, elle a fait valoir que le caractère provisoire des modalités réglant la vie séparée des parties devait prévaloir, même si l'on se trouvait plus vraisemblablement en instance de mesures protectrices de l'union conjugale qu'en instance de mesures provisionnelles.

Par lettre du 2 février 2009, le Président du Tribunal a informé les parties que « dès lors qu'aucune procédure en divorce [n'avait] été ouverte, la cause se [poursuivait] sous le régime des mesures protectrices de l'union conjugale » et que l'audience d'appel était donc maintenue.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 19 mars 2009, T._____ a d'entrée de cause soulevé incident en concluant à la caducité de la procédure d'appel, vu le défaut d'une procédure au fond (cf. procès-verbal d'audience). W._____ a conclu au rejet de l'appel.

4. Lors de la même audience, le tribunal a entendu divers témoins. Il a refusé de procéder à l'audition du témoin [...] que T._____ avait requise.

5. En cours de procédure, T._____ a également demandé la mise en œuvre d'une deuxième expertise, ce que le tribunal a refusé d'ordonner.

En droit, les premiers juges ont considéré que la requête en caducité de la procédure d'appel déposée par T._____ devait être écartée, observant que, selon l'art. 110 CPC, le délai de dix jours pour valider une instance de mesures provisoires à la suite d'un acte de non-conciliation ne commençait à courir que dès le moment où l'ordonnance de mesures provisoires était définitive – et non pas seulement exécutoire – et que tel n'était pas le cas en l'espèce, vu la procédure d'appel existante, et ce, même si l'effet suspensif avait été refusé. Par ailleurs, ils ont invoqué leur compétence juridictionnelle d'office en matière de protection

des enfants (art. 315a CC), tant en matière de mesures provisoires qu'en matière de mesures protectrices de l'union conjugale.

B. Par acte du 4 juin 2009, T. _____ a recouru contre cet arrêt, concluant, avec dépens, à son annulation et à sa réforme en ce sens que le droit de garde sur l'enfant [...] lui est attribué, subsidiairement qu'il dispose d'un libre droit de visite ou, à défaut d'accord entre parties, d'un droit de visite usuel.

A l'appui de son acte de recours, il a requis des mesures provisionnelles qui ont été écartées par le Président de la cour de céans le 18 juin 2009.

Dans son mémoire du 8 juillet 2009, il a confirmé ses conclusions. Il a fait valoir, à l'appui de ses conclusions en nullité, que l'autorité d'appel en instance de mesures provisionnelles avait statué alors qu'elle n'en avait plus la compétence. Il estimait en effet que dès lors qu'il n'avait pas donné suite, en temps utile, à l'acte de non-conciliation introductif de l'action, l'instance en divorce au fond avait automatiquement pris fin. Le recourant s'est également prévalu du rejet injustifié de sa demande de deuxième expertise en se référant au cas de nullité de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC et aussi invoqué le refus de l'autorité d'appel d'entendre l'un de ses témoins.

Le même jour, il a déposé un mémoire complémentaire, de portée principalement factuelle, assorti d'un lot de pièces.

Par mémoire du 6 octobre 2009, l'intimée a conclu, avec dépens, au rejet du recours.

En droit :

1. 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. L'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC ne permet toutefois 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 ; 1996 III 59 ; 1988 III 114 ; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3ème éd., Lausanne 2002, n. 1 ad art. 108 CPC, pp. 211-212 et n. 1 ad art. 111 CPC, p. 217).

Il résulte de ce qui précède que les conclusions en réforme du recourant sont irrecevables. Seules sont recevables celles en nullité.

La Chambre des recours 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. Le recourant soutient que les juges de l'appel n'avaient plus la compétence de statuer sur sa requête dès lors que l'instance au fond, partant, l'instance de mesures provisionnelles qui en dépendait, étaient devenues caduques, le juge ne pouvant ordonner des mesures provisoires que pendant la procédure de divorce ou après la dissolution du mariage, lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'est pas encore close (art. 137 CC).

Ce faisant, le recourant invoque bel et bien une violation d'une règle de procédure recevable dans un recours en nullité dès lors que son argumentation revient à dire que l'art. 137 CC exclut le prononcé de mesures provisionnelles si une procédure de divorce n'est pas pendante.

L'arrêt sur appel attaqué assied le maintien de l'instance de mesures provisionnelles sur la procédure de validation a posteriori prévue à l'art. 110 CPC qui prévoit que, lorsque les mesures provisionnelles ont été ordonnées avant l'ouverture d'action, le procès doit être introduit dans les trente jours dès que l'ordonnance est devenue définitive, que, si l'action est ouverte par requête de conciliation, ce délai est de dix jours et que, si ces délais sont outrepassés, l'ordonnance devient caduque. Ce motif est erroné. En effet, l'art. 110 CPC, règle de droit cantonal, ne saurait prévaloir sur l'art. 137 CC qui est une règle de droit fédéral et qui régit le début et la fin des mesures provisoires liées au procès en divorce. Les mesures provisionnelles (recte : provisoires) ordonnées en l'espèce sont par conséquent régies par l'art. 137 CC et non pas par l'art. 110 CPC (Denis Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale in JT 1994 III 34, spéc. pp 36, 38 et 39). En outre, l'art. 362 al. 2 CPC, qui délimite mesures protectrices et mesures provisionnelles dans les conflits matrimoniaux, dispose que, dès l'ouverture d'une action en divorce ou en séparation de corps et après la dissolution du mariage, lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close, il doit être procédé en la forme des mesures provisionnelles, si bien qu'à contrario il ne peut être procédé que par voie de mesures protectrices dès que le procès en divorce lato sensu n'est plus pendant.

Quant à l'autre chef de compétence invoqué, l'art. 315a CC qui prévoit que le juge matrimonial du divorce ou des mesures protectrices de l'union conjugale est compétent pour statuer sur les relations personnelles de l'enfant et veiller à sa protection, son application dépend de l'existence, soit de l'ouverture et du maintien d'une instance en divorce ou en mesures protectrices de l'union conjugale.

Conformément aux art. 371n al. 1 et 129 ch. 6 a contrario CPC, le recourant a ouvert action en divorce par requête en conciliation. Faute pour lui d'avoir donné suite dans les trente jours à la communication de l'acte de non-conciliation, la procédure de conciliation est devenue caduque (art. 137 CPC). Le recourant a donc abandonné son action en

divorce. Reste à examiner les conséquences de cette caducité sur l'instance de mesures provisoires et, le cas échéant, sur l'instance de mesures protectrices de l'union conjugale.

Les mesures provisoires régissent les relations familiales pendant la procédure de divorce (Werro, Concubinage, mariage et démariage, 5ème éd., Berne 2000, n° 843). Après la clôture définitive de la procédure de divorce, il n'y a plus place pour des mesures provisoires (Urs Gloor, Basler Kommentar, Bâle 2002, n° 4 et 14 ad art. 137 CC ; JT 2003 I 45, c. 2). Il en résulte que l'appel était sans objet, l'instance de mesures provisoires étant devenue caduque au même titre que l'action en divorce.

Il convient encore d'examiner si l'appel survit néanmoins à la mise à néant du procès en divorce dès lors qu'une instance de mesures protectrices de l'union conjugale se substituerait automatiquement à l'instance des mesures provisoires. En ce qui concerne les mesures protectrices de l'union conjugale ordonnées ou requises avant l'ouverture d'une action en divorce, la jurisprudence a fixé qu'elles demeuraient en vigueur ou qu'elles pouvaient être prononcées par le juge des mesures protectrices jusqu'à décision du juge des mesures provisoires (Tappy, op. cit. p. 38 ; Poudret, Haldy, Tappy, op. cit., pp. 198-199, p. 542). Ainsi la décision du tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale prise en vertu de sa compétence déploie ses effets jusqu'à ce que le juge du divorce ait pris d'autres mesures (ATF 129 III 60, JT 2003 I 45).

En revanche, des mesures provisoires devenues caduques par la caducité même de la procédure de divorce ne se muent pas automatiquement en mesures protectrices de l'union conjugale, et un appel dirigé contre une ordonnance de mesures provisoires ne devient pas un appel contre une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. L'organisation de la vie séparée par le juge exige en effet que l'un des conjoints en fasse la requête, ainsi que la vérification de ce que la suspension de la vie commune soit fondée (art. 176 al. 1 CC). Il incombe donc à l'époux qui y a intérêt de requérir des mesures protectrices. Ainsi,

dès la caducité du procès en divorce et notamment à l'audience d'appel du 19 mars 2009 (art. 363 CPC), l'intimée aurait pu admettre la caducité des mesures provisoires et requérir immédiatement du président du tribunal qu'il rende, le cas échéant en urgence (art. 366 CPC), une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale reprenant par hypothèse chacun des points du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 2 décembre 2008.

En l'espèce, le procès en divorce a pris fin trente jours après la notification de l'acte de non-conciliation envoyé le 28 novembre 2008, soit aux environs de fin décembre 2008. A partir de ce moment, il n'y a, comme on l'a vu, plus matière à mesures provisoires, donc à appel. Se pose en revanche la question de la modification par voie d'appel des mesures provisionnelles ayant eu cours du 2 à fin décembre 2008, soit durant la période de validité de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 2 décembre 2008. On peut toutefois laisser en suspens la question de la compétence du juge d'appel des mesures provisionnelles pour la réglementation des rapports des conjoints durant ce court laps de temps ; en effet, en tant qu'il portait sur la garde et les modalités des relations personnelles de l'enfant avec le parent non gardien, même en cas d'aboutissement, l'appel ne pouvait modifier rétroactivement le cadre de vie de l'enfant durant le mois de décembre 2008 (la restitution de l'effet suspensif et les mesures préprovisionnelles, requises par l'appelant, ayant été rejetées par décision du Président du 19 décembre 2008). Le recourant a d'ailleurs lui-même conclu à la caducité de l'appel, sans réserver la période de décembre 2008. Il en découle que l'appel s'avère sans objet pour cette période et que par la suite, dès la fin du procès en divorce, les premiers juges n'étaient plus compétents pour statuer en matière de mesures provisionnelles.

Compte tenu de l'admission de ce premier grief, il n'y pas lieu d'examiner les autres moyens soulevés par le recourant.

3. En conclusion, le recours doit être admis, l'arrêt sur appel annulé et la cause renvoyée au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les frais du recourant sont arrêtés à 300 fr. (art. 233 TFJC [Tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile ; RSV 270.11.5]).

L'intimée doit verser au recourant la somme de 1'300 fr. à titre de dépens pour la procédure devant la Chambre des recours.

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'arrêt sur appel est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III.** Les frais du recourant sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).
- IV.** L'intimée W._____ doit verser au recourant T._____ la somme de 1'300 fr. à titre de dépens pour la procédure devant la Chambre des recours.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Véronique Mauron-Demole (pour T. _____),
- Me Alain Dubuis (pour W. _____).

Il prend date de ce jour.

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 d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :