

**CHAMBRE DES RECOURS**

---

---

Arrêt du 20 juillet 2009

---

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

\*\*\*\*\*

**Art. 9 Cst; 111 et 444 CPC**

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **A.P.**\_\_\_\_\_, à La Tour-de-Peilz, défenderesse au fond et requérante à l'appel, contre l'arrêt sur appel de mesures provisionnelles rendu le 28 avril 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec **B.P.**\_\_\_\_\_, à Düdingen, demandeur au fond et intimé à l'appel.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

## **En fait :**

**A.** Par arrêt sur appel de mesures provisionnelles du 28 avril 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis l'appel interjeté par B.P.\_\_\_\_\_ (I), modifié le chiffre I du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008 en ce sens que B.P.\_\_\_\_\_ est astreint à contribuer à l'entretien de A.P.\_\_\_\_\_ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'250 fr., intérêts hypothécaires des immeubles de celle-ci compris, payable d'avance le premier de chaque mois, éventuelles allocations familiales en sus, dès et y compris le 1<sup>er</sup> octobre 2008 (II), arrêté les frais et émoluments du tribunal à 500 fr. (III), dit que A.P.\_\_\_\_\_ est la débitrice de B.P.\_\_\_\_\_ de la somme de 1'600 fr., TVA en sus sur 1'100 fr., à titre de dépens (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'arrêt sur appel immédiatement exécutoire, nonobstant appel ou recours (VI).

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

B.P.\_\_\_\_\_, né le 5 août 1955, et A.P.\_\_\_\_\_, née [...] le 22 décembre 1954, se sont mariés le 11 mai 1977 devant l'Officier de l'état civil de [...].

Un enfant est issu de cette union:

- [...], né le 14 juillet 1985.

B.P.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce par demande du 18 décembre 2007.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 17 décembre 2008, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a arrêté, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, le montant de la contribution due par B.P.\_\_\_\_\_ pour l'entretien de son épouse à 3'550 francs. S'y ajoute le paiement des charges hypothécaires imputées par la Banque Migros pour l'appartement et le studio de l'épouse, soit 1'300 fr. par mois.

Il ressort de cette ordonnance que le revenu moyen de B.P.\_\_\_\_\_ durant les cinq dernières années (2003 à 2007) se monte à 200'000 fr. en chiffres ronds, soit à 16'771 fr. par mois, auquel s'ajoute un montant de 200 fr. résultant d'une activité accessoire dépendante (en 2007, cette activité a rapporté à B.P.\_\_\_\_\_ 3'335 fr. sous déduction de 800 fr. de frais). L'ordonnance retient en outre en ce qui concerne la situation professionnelle de B.P.\_\_\_\_\_ que, selon un certificat médical produit en procédure, ce dernier serait à la limite du burn-out et qu'il a engagé un confrère pour travailler un jour par semaine dans son cabinet pour un salaire net annuel de 37'500 francs. Le minimum vital de B.P.\_\_\_\_\_ a été arrêté dans cette ordonnance à 8'350 francs.

Concernant la situation de A.P.\_\_\_\_\_, cette ordonnance retient qu'elle est architecte de formation, que suite à la séparation des parties, elle a cherché du travail dans ce domaine, mais en vain, et que, depuis mars 2007, elle exerce une activité de vendeuse dans une boutique de luxe à Lausanne. Son revenu mensuel net, calculé du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2008, s'est élevé à 3'536 fr. 65, auquel s'ajoute le revenu locatif du studio dont elle est propriétaire, soit 650 fr., plus encore 170 fr. d'indemnité pour le chauffage, l'eau chaude, l'électricité, le gaz et la piscine. Quant à son minimum vital, il a été arrêté à 2'387 fr. 15.

B.P.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que sa contribution à l'entretien de son épouse soit limitée au paiement des charges hypothécaires liées aux biens immobiliers dont elle est propriétaire à Vevey, à l'exclusion de toutes autres contributions, dès et y compris le 1<sup>er</sup> octobre 2008.

A.P.\_\_\_\_\_ a conclu, avec dépens, au rejet de la requête d'appel.

L'instruction de l'appel a permis d'établir qu'en 2008, B.P.\_\_\_\_\_ a réalisé un bénéfice de 142'879 fr. 92, soit un revenu

mensuel de 11'906 fr., bénéfice comprenant, dès cette année-là, le revenu de l'activité accessoire dépendante d'un montant de 1'516 fr. 35 en 2008. Il a encore été établi que B.P.\_\_\_\_\_ n'emploie plus un confrère un jour par semaine; il n'a cependant pas repris son activité à 100% et n'exerce à son cabinet que quatre jours par semaine. A terme, il désire vendre son cabinet. L'instruction de l'appel a également mis en exergue que le fils des parties, qui vit chez sa mère, perçoit un revenu de 500 fr. par mois en travaillant à côté de ses études. Selon une convention passée entre B.P.\_\_\_\_\_ et son fils, il s'est engagé à subvenir au besoin de ce dernier par le versement d'un montant de 1'000 fr. par mois.

En droit, les premiers juges ont retenu que, compte tenu des circonstances du cas d'espèce (état de santé de B.P.\_\_\_\_\_, conséquences professionnelles et financières qui s'y rapportent et baisse constante de son chiffre d'affaires depuis 2004), la capacité de gain de ce dernier ne devait être déterminée que sur la base des revenus réalisés en 2008, soit 142'879 fr. 92, ce qui équivaut mensuellement à un montant de 11'906 francs. En ce qui concerne les revenus de l'épouse, les premiers juges ont considéré que la totalité des montants résultant de la location de son studio devait être intégrés à son revenu, soit 650 fr., plus 170 francs, ce qui a augmenté ses revenus à 4'356 francs. Les premiers juges ont par ailleurs modifié les charges des parties et ainsi, arrêtés les minima vitaux de ceux-ci à 7'825 fr. pour B.P.\_\_\_\_\_ et à 4'787 fr. pour A.P.\_\_\_\_\_. A ce sujet, les premiers juges ont notamment considéré que les intérêts hypothécaires, bien que payés par B.P.\_\_\_\_\_, devaient être intégrés au minimum vital de son épouse et qu'un montant pour l'entretien de l'enfant du couple devait figurer dans les charges de chacun des parents. Ainsi, compte tenu de ces éléments, les premiers juges ont arrêté le montant de la contribution due par B.P.\_\_\_\_\_ pour l'entretien de son épouse à 2'250 fr. par mois, intérêts hypothécaires des immeubles compris.

**B.** Par acte du 11 mai 2009, A.P.\_\_\_\_\_ a recouru contre cet arrêt, concluant, avec dépens, à son annulation.

Dans son mémoire ampliatif, la recourante a développé ses moyens et confirmé ses conclusions.

## **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'alinéa premier 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<sup>ème</sup> éd., 2002, n. 1 ad art. 108 CPC, pp. 211-212 et n. 1 ad art. 111 CPC, p. 217).

Le recours, exclusivement en nullité et interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

**b)** 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.** Le recourant soutient que l'arrêt attaqué est arbitraire tant dans l'établissement des faits que dans le cadre de l'appréciation 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).

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., p. 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 (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110) 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, *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). Il en découle que, dans le canton de Vaud, l'entrée en vigueur de la LTF n'a pas changé le système de recevabilité pour le 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)** En l'espèce, l'essentiel, voire la totalité des griefs soulevés par la recourante relève de l'application du droit matériel, ce que d'ailleurs elle admet, notamment en pages 9 et 10 de son mémoire. Partant, ces griefs sont irrecevables en nullité et le recours devrait être écarté pour ce motif déjà.

**3. a)** La recourante s'en prend dans son recours principalement à la décision des premiers juges de s'écarter de la pratique habituelle et reconnue par la jurisprudence pour déterminer les revenus d'un indépendant, soit celle de la moyenne des revenus sur les trois dernières années, pour, dans le cas présent, s'en tenir qu'aux revenus réalisés par l'intimé en 2008.

Si certes, cette décision des premiers juges n'est pas sans influence sur la détermination du montant de la pension, il n'en demeure pas moins que l'exception au principe de la moyenne des trois ans (TF 5D\_167/2008 du 13 janvier 2009, rés. in Revue du droit de la tutelle 2009, p. 114) relève du droit matériel et ne constitue pas une appréciation arbitraire des preuves. Le recours doit donc être écarté sur ce point. De toute manière, ce choix des premiers juges a été motivé de façon circonstanciée, à satisfaction de droit.

**b)** La recourante affirme que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que l'intimé ne travaillait plus que quatre jours par semaine, aucune expertise médicale attestant qu'il ne pourrait plus travailler qu'à ce rythme.

En l'espèce, on ne saurait tenir pour constitutive d'arbitraire dans l'appréciation des preuves l'affirmation des premiers juges selon laquelle la détérioration de l'état de santé de l'intimé ne lui permet plus de travailler que quatre jours par semaine. Le dossier contient en effet trois certificats médicaux émanant de médecins différents qui datent de l'été 2008 (cf. pièces 6, 7 et 8 du bordereau du 26 septembre 2008) et dont il

résulte en bref que l'intimé souffre d'une hypertension artérielle sévère et qu'il se trouve épuisé et stressé, à la limite du burn-out. S'il est vrai, comme le soutient la recourante, que ces pièces ne font pas état d'une réduction du temps de travail, on ne saurait pour autant la suivre lorsqu'elle soutient que la nécessité d'une réduction dudit temps de travail ne pouvait être constatée sans expertise. En effet, d'une part, seule la vraisemblance est requise en mesures provisionnelles et, d'autre part, ces certificats médicaux sont parlants s'agissant de la gravité des troubles de santé de l'intimé. Cet autre grief de la recourante apparaît dès lors à nouveau mal fondé.

**c)** La recourante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que le chiffre d'affaires de l'intimé était en baisse constante depuis 2004, reproche fondé sur le fait que le chiffre d'affaires réalisé en 2004 était plus élevé que celui des années précédentes. Cependant, que l'on arrête le revenu de l'intimé sur la seule base de l'année 2008 ou que l'on fasse une moyenne sur les trois, voire les cinq dernières années, il s'avère que le revenu ainsi établi se trouve dans la fourchette de ceux réalisés au cours des années 2004 à 2008. Ainsi, la constatation des premiers juges n'est en rien arbitraire. Le moyen de la recourante doit donc être rejeté.

**d)** Les arguments développés par la recourante en page 6 et suivantes de son mémoire, soit notamment que la pension due par l'intimé pour son entretien doit être calculée en tenant compte des critères de l'art. 125 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) et non selon la règle habituelle du minimum vital avec répartition de l'excédent, relèvent à nouveau du droit matériel et sont ainsi irrecevables en nullité.

**e)** Finalement, la recourante conteste encore la prise en compte dans son revenu du montant de 170 fr. qu'elle perçoit du locataire de son studio à titre d'indemnité pour le chauffage, l'eau chaude, l'électricité, le gaz et la piscine. S'il est exact que, tant le juge des mesures provisionnelles, que les juges de l'appel ont tenu compte dans la détermination du minimum vital de la recourante de ce montant de 170 fr., il n'en demeure pas moins que la question de savoir si ce montant

clairement identifiable et identifié doit s'ajouter au loyer net pour déterminer son minimum vital est une question de droit matériel (Poudret, COJ, n. 2.6.1 ad art. 81 OJ, p. 794). Au demeurant, une appréciation arbitraire de ce point ne conduirait pas encore à un résultat arbitraire, les premiers juges ayant confirmé la décision du juge des mesures provisionnelles de considérer que les charges de l'appartement et du studio devaient être prises en compte dans le calcul du minimum vital de la recourante.

**4.** En conclusion, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable, en application de l'art. 465 al. 1 CPC.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 1'200 fr. (art. 233 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 4 décembre 1984; 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 d'arrêt de la recourante A.P.\_\_\_\_\_, née [...], sont arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 20 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 Marcel Heider (pour A.P. \_\_\_\_\_),
- Me Denis Bridel (pour B.P. \_\_\_\_\_).

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 l'Est vaudois.

La greffière :