

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 8 juillet 2010

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

Art. 145 al. 1 CC; 22 al. 1 et 2, 28 al. 1, 30 et 452 CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **F.**_____, à Pully, demanderesse, contre le jugement rendu le 18 mars 2010 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec **W.**_____, défendeur.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. F._____ et W._____, tous deux de nationalité malgache, se sont mariés le 26 septembre 1996 à Antananarivo (République de Madagascar).

Deux enfants sont issus de cette union: [...], née le 6 décembre 1996, et [...], né le 3 août 2001.

F._____ est arrivée en Suisse au début de l'année 2003. Elle a été rejointe par son époux et ses enfants en 2005.

W._____ a quitté le domicile conjugal début 2009.

F._____ a été entendue le 5 février 2009 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de l'Est vaudois, en qualité de plaignante dans le cadre de l'enquête pénale ouverte à l'encontre de W._____ pour lésions corporelles simples qualifiées et menaces qualifiées, relativement à des faits survenus le 21 novembre 2008. Il ressort du procès-verbal de cette audition que F._____ a déclaré que son mari était reparti à Madagascar, à une date qu'elle ignorait. Elle a indiqué que, deux semaines avant cette audition, sa fille avait téléphoné à ses anciens beaux-parents à Madagascar et que sa grande sœur lui avait demandé si elle souhaitait parler à son père. Elle a également donné l'adresse de son mari à Madagascar, savoir chez [...].

Le 28 août 2009, F._____ a déposé auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois une demande unilatérale en divorce contre W._____, «sans domicile connu». Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, au divorce (I), à ce que l'autorité parentale et la garde sur les deux enfants lui soient attribuées (II et III), à ce qu'aucun droit de visite ne soit accordé au défendeur sur ses enfants (IV), à ce que celui-ci soit astreint à contribuer à son entretien par le régulier versement en ses mains, le premier de chaque mois, d'une pension mensuelle de 1'500 fr.

(V) et à celui de ses enfants, par 700 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de douze ans révolus, et par 800 fr., dès lors et jusqu'à ce que l'enfant ait dix-huit ans révolus, respectivement qu'il ait terminé sa formation professionnelle au sens de l'art. 277 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), allocations familiales en sus (VI), à ce que le régime matrimonial des époux soit dissous selon des modalités à préciser en cours d'instance (VII) et à ce qu'il ne soit pas procédé au partage des prestations de sortie du deuxième pilier des parties (VIII). Elle a notamment allégué qu'elle ignorait l'activité professionnelle actuelle du défendeur (all. 28) et qu'elle ne savait rien de ses revenus (all. 29) ni de ses charges (all. 30).

Par publication dans la Feuille des avis officiels (ci-après: FAO) du 8 septembre 2009, le défendeur a été avisé que le tribunal avait reçu une demande unilatérale en divorce le concernant et lui a imparti un délai au 30 septembre 2009 pour se déterminer sur le principe de l'action et déposer la réponse.

Le défendeur a été cité à comparaître à l'audience préliminaire du 11 décembre 2009 par publication dans la FAO du 23 octobre 2009.

Le 19 novembre 2009, le greffe du tribunal d'arrondissement a indiqué à la demanderesse qu'ensuite de sa correspondance du 12 novembre 2009, l'audience préliminaire était transformée en audience de jugement.

Le défendeur a été informé de ce fait par publication dans la FAO du 24 novembre 2009.

La demanderesse a comparu à l'audience du 11 décembre 2009. Elle a précisé sa conclusion VII en ce sens que le défendeur était parti en emportant tous les biens et objets lui appartenant et a ainsi conclu à ce que l'ensemble des biens et objets en sa possession soient réputés être sa propriété. Le défendeur ne s'est pas présenté et, bien que dûment proclamé, a persisté à faire défaut.

Par jugement rendu par défaut du défendeur le 18 mars 2010, notifié le lendemain à la demanderesse et par publication dans la FAO du 26 mars 2010 pour le défendeur, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé le divorce des époux (I), attribué la garde et l'autorité parentale sur les enfants à leur mère (II), autorisé aucun droit de visite du défendeur sur ces derniers (III), dit qu'il n'est pas procédé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle acquis durant le mariage (IV), constaté que le régime matrimonial est dissous et liquidé en l'état, chaque partie étant reconnue propriétaire des biens et objets en sa possession (V), arrêté les frais de justice de la demanderesse à 1'200 fr. (VI), alloué à celle-ci des dépens, par 3'261 fr., TVA en sus sur 1'980 fr. (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, les premiers juges ont notamment considéré que le principe d'une contribution d'entretien en faveur de la demanderesse et des deux enfants était acquis. Néanmoins, en l'absence de renseignements sur la formation et la situation matérielle du défendeur, aucun revenu hypothétique ne pouvait être imputé à celui-ci. Il était ainsi impossible de déterminer la quotité desdites contributions et le défendeur ne pouvait être astreint au versement de pensions.

B. Par acte du 29 mars 2010, F._____ a recouru contre ce jugement, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme, savoir que le dispositif est complété en ce sens que W._____ contribuera à son entretien par le régulier versement, le premier de chaque mois, en ses mains, d'un montant de 500 fr., dès le 1^{er} août 2009 et durant trois ans (III bis), ainsi qu'à l'entretien de chacun de ses enfants, dès le 1^{er} août 2009, par le régulier versement, en ses mains, d'un montant de 300 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de douze ans révolus, et de 400 fr. dès lors et jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans révolus, respectivement qu'il ait achevé une formation qui lui permette d'être indépendant financièrement si les conditions de l'art. 277 al. 2 CC sont remplies, allocations familiales en sus (III ter), les

contributions figurant sous les chiffres III bis et III ter étant indexées (III quater). Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du jugement.

Dans son mémoire du 21 mai 2010, elle a développé ses moyens et confirmé ses conclusions.

L'intimé n'a pas procédé dans le délai qui lui avait été imparti par publication dans la FAO du 1^{er} juin 2010.

En droit :

1. La voie du recours en nullité (art. 444 et 445 CPC [Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11]) et en réforme (art. 451 ch. 2 CPC) est ouverte contre un jugement de divorce rendu par un tribunal d'arrondissement statuant en procédure accélérée (art. 371 ss CPC).

2. En principe, la Chambre des recours délibère en premier lieu sur les moyens de nullité (art. 470 al. 1 CPC).

La recourante reproche aux premiers juges ne de pas avoir instruit d'office sur la question de la situation financière de l'intimé. Or, vu le caractère subsidiaire du recours en nullité (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 14 ad art. 444 CPC, p. 655) et le large pouvoir d'examen dont dispose la cour de céans dans le cadre du recours en réforme (art. 452 CPC), le recours en nullité est irrecevable.

Il convient ainsi d'examiner le recours en réforme.

3. Saisie d'un recours en réforme contre un jugement principal rendu par un tribunal d'arrondissement, le Tribunal cantonal revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC); il développe ainsi son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant dans le dossier et après avoir, cas échéant, corrigé ou complété celui-ci au moyen desdites preuves.

En matière de jugement de divorce, les parties peuvent invoquer des faits et des moyens de preuve nouveaux devant l'instance cantonale supérieure (art. 138 al. 1 CC auquel renvoie l'art. 374c CPC; Leuenberger, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., 2006, n. 2 ad art. 138 CC, p. 883).

En outre, dans les causes touchant au sort des enfants et aux conséquences pécuniaires de celui-ci, domaine où le droit fédéral impose la maxime d'office et la maxime inquisitoire (art. 145 al. 1 CC), le juge doit d'office statuer sur ces questions, sans être limité par les moyens et conclusions des parties, et ordonner toutes preuves utiles à l'établissement d'un état de fait suffisant (ATF 128 III 411 c. 3.2.1, rés. in JT 2003 I 66; ATF 122 III 404 c. 3d, JT 1998 I 46). Les conclusions relatives au sort des enfants ne sont que des propositions. Le juge statue même en l'absence de conclusions (ATF 119 II 201; ATF 118 II 93, JT 1995 I 100 c. 1a). Selon l'art. 455 al. 2 CPC, le Tribunal cantonal peut d'ailleurs ordonner d'office des mesures complémentaires d'instruction s'il ne s'estime pas suffisamment renseigné pour se prononcer sur ces questions. De même, il peut tenir compte de faits non allégués survenus jusqu'au prononcé de son arrêt (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 3 ad art. 455 CPC, p. 699). En définitive, la Chambre des recours doit examiner d'office quelle est la solution qui paraît la plus conforme aux intérêts de l'enfant.

Bien qu'elle ait été instaurée principalement dans l'intérêt de l'enfant, la maxime inquisitoire doit profiter également au débiteur de l'entretien. Lorsque le recours porte sur la contribution de l'enfant et celle

du conjoint, cette maxime a pour conséquence que l'une et l'autre des rentes doivent être calculées et fixées à nouveau. Ces contributions forment en effet un ensemble dont les éléments individuels ne peuvent être fixés de manière indépendante les uns des autres du point de vue de la capacité contributive. La maxime inquisitoire s'applique aussi en deuxième instance (ATF 131 III 91 c. 5.2.1, SJ 2005 I 199, JT 2004 I 444; ATF 128 III 411 précité).

4. a) La recourante reproche en substance aux premiers juges de n'avoir pas instruit d'office sur la question de la situation financière de l'intimé et de ne pas avoir retenu pour ce dernier de revenu hypothétique, qu'elle évalue à 4'500 fr. par mois, douze fois l'an. Elle estime que la quotité de la contribution d'entretien en faveur de chacun des enfants peut être fixée à 300 fr. jusqu'à l'âge de douze ans révolus et à 400 fr. par la suite, et celle de la pension en sa faveur à 500 fr., compte tenu des charges de l'intimé s'élevant selon elle à 2'600 francs.

b) Préalablement à tout examen des griefs de la recourante, il se pose la question de la régularité de la procédure de divorce.

aa) La notification - d'une demande, d'une assignation à comparaître ou d'un jugement - consiste dans la remise, en principe par poste, de l'acte à la personne à laquelle il est adressé (art. 22 al. 1 et 2 CPC). Il incombe au demandeur de fournir l'adresse actuelle du défendeur (JT 1975 III 13 cité in Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 22 CPC, p. 50 in fine). Lorsque la partie n'a pas de résidence connue, ni en Suisse ni à l'étranger, la notification est faite par publication dans la FAO (art. 28 al. 1 CPC), mais le juge doit refuser la notification par publication officielle aussi longtemps que la partie instante ne justifie pas avoir fait des démarches convenables pour découvrir la résidence ou l'identité du destinataire de l'acte (art. 30 CPC). L'assignation est ainsi irrégulière lorsqu'il est établi que le défendeur avait un domicile que le demandeur aurait pu découvrir en usant de diligence, mais elle est régulière s'il n'est pas démontré que la partie instante avait la possibilité de découvrir le domicile de sa partie

adverse (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., note ad art. 30 CPC, pp. 58-59 et les références citées). Il est admis que la notification par voie édictale revêt un caractère exceptionnel, qui justifie que l'on n'y recoure qu'avec prudence (Donzallaz, La notification en droit interne suisse, 2002, n. 443, p. 237 et les références citées).

L'art. 16 de la LPC/GE (loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987) a un contenu similaire à l'art. 28 al. 1 CPC. Les commentateurs genevois, en référence à la jurisprudence cantonale, indiquent que «la voie édictale n'est praticable que si le requérant ignore de bonne foi, après avoir fait toutes démarches utiles pour localiser le destinataire de l'acte, la résidence ou le domicile de ce dernier (...). L'ignorance ne suffit donc pas: il faut encore que le requérant ait procédé en vain aux recherches que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui. Ces démarches n'ayant pas abouti, l'acte pourra être signifié par voie de publication, sans que le destinataire ne puisse s'en plaindre, même s'il avait un domicile ou une résidence fixes. La nullité ne pourra être retenue que si le destinataire fait valoir avec succès que le requérant aurait pu connaître son domicile ou sa demeure s'il avait procédé aux recherches nécessaires avant d'agir par voie édictale (...). Dans ce domaine où la bonne foi des parties joue un rôle important, il pourra suffire que le requérant ait été amené, par l'attitude du destinataire lui-même, à comprendre que celui-ci cherchait à cacher son domicile et sa résidence» (Bertossa/Gaillard/Guyet/ Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, 2005, n. 3 ad art. 16 LPC/GE).

bb) En l'espèce, la recourante a ouvert action en divorce contre l'intimé par demande du 28 août 2009, en indiquant que son époux était «sans domicile connu». Or, il ressort du procès-verbal de l'audition de la recourante du 5 février 2009 dans le cadre de l'enquête pénale ouverte à l'encontre de l'intimé, qu'elle a déclaré que son mari était reparti à Madagascar. Elle a exposé que, deux semaines avant cette l'audition, sa fille avait téléphoné à ses anciens beaux-parents dans son pays d'origine et que la grande sœur de celle-ci lui avait demandé si elle souhaitait parler à son père. Elle a également donné l'adresse de son mari à Madagascar.

Ainsi, on ne saurait considérer qu'elle a de bonne foi et en usant de toute la diligence requise tenté de découvrir le domicile de sa partie adverse, dès lors qu'elle avait elle-même indiqué devant le juge pénal le domicile de l'intimé. L'assignation de celui-ci et la notification du jugement n'auraient ainsi pas dû intervenir par voie édictale, mais par le biais de l'entraide judiciaire internationale.

cc) Selon les commentateurs, le moyen de nullité tiré d'une absence d'assignation régulière au sens de l'art. 444 al. 1 ch. 2 CPC n'appartient qu'à la partie défaillante (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 7 ad art. 444 CPC, pp. 652-653). De plus, en règle générale, la sécurité du droit s'oppose à ce qu'un vice de procédure entraîne la nullité absolue du jugement, sauf cas exceptionnels, comme par exemple lorsque le jugement émane d'une autorité absolument incompétente (JT 1990 III 100 c. 4). Néanmoins, dès lors que la maxime d'office et la maxime inquisitoire sont applicables à la présente procédure, la Chambre des recours considère qu'il y a lieu annuler d'office le jugement entrepris rendu en violation des art. 28 et 30 CPC, d'autant que la recourante va jusqu'à reprocher aux premiers juges de ne pas avoir instruit sur la situation économique du défendeur, dont elle prétend faussement que le lieu de séjour est inconnu. La notification de la demande et l'assignation de l'intimé interviendront par voie de l'entraide judiciaire, à l'adresse mentionnée par la recourante dans le cadre de la procédure pénale. Cette solution est également dans l'intérêt des enfants, puisqu'une assignation régulière de l'intimé permettra peut-être de mieux connaître la situation matérielle de celui-ci et de déterminer, cas échéant, le montant d'une éventuelle contribution d'entretien en leur faveur.

5. En conclusion, le jugement doit être annulé d'office et la cause renvoyée au Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour reprise de la procédure, au sens des considérants.

Le présent arrêt peut être rendu sans frais ni dépens.

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

- I. Le jugement est annulé d'office et la cause est renvoyée au Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour reprise de la procédure, au sens des considérants.
- II. L'arrêt est rendu sans frais ni dépens.
- III. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 8 juillet 2010

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 Gloria Capt (pour F. _____),
- M. W. _____, par voie de l'entraide judiciaire.

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 :