

Tribunal fédéral – 5A_294/2021, destiné à la publication

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 7 décembre 2021 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

François Bohnet / Michael Saul, Le sort des *nova* dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale en cas de procédure de divorce parallèle, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_294/2021, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2022

Newsletter mars 2022

Mesures protectrices, entretien, procédure

Art. 29 al. 1 Cst. ; 176 et 179 al. 1 CC ; 221 al. 1 let. d et e, 229, 236 al. 1, 276 al. 1 et 2, 317, 318 al. 2 et 327 al. 3 let. b CPC

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Le sort des *nova* dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale en cas de procédure de divorce parallèle

François Bohnet / Michael Saul

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt traite des *nova* en procédure matrimoniale. Le Tribunal fédéral retient que les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être pris en compte par le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale (y compris au stade de la procédure d'appel devant l'instance cantonale supérieure), lorsqu'ils peuvent être admis en application des art. 229 ou 317 CPC. Peu importe que la procédure de divorce ou qu'une procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale ait été introduite en parallèle.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. et B. se sont mariés en 1996. Ils sont père et mère d'une fille entre-temps majeure. Les parties se sont séparées en mars 2017.

Le 29 mai 2017, l'épouse a déposé une requête en mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) auprès du *Bezirksgericht* d'Uster. La procédure de divorce est, quant à elle, pendante devant ce même tribunal depuis le 22 mars 2019.

Par jugement du 21 novembre 2019, le *Bezirksgericht* a statué sur la requête de MPUC. S'agissant des points déterminants pour la procédure de recours fédérale, le *Bezirksgericht* a condamné l'époux à verser à son épouse une contribution d'entretien d'un montant de CHF 1'030.- du 22 mars au 31 décembre 2017, et de CHF 919.- du 1^{er} janvier 2018 au 22 mars 2019.

Les deux parties ont adressé un appel contre cette décision à l'*Obergericht* du canton de Zurich. Le chiffre 1 du dispositif de l'arrêt de l'*Obergericht* du 17 mars 2021 a fixé la

contribution d'entretien en faveur de l'épouse à un montant de CHF 1'200.- par mois à compter du 22 mars 2017 et pour la durée de la vie séparée.

L'époux adresse au Tribunal fédéral un recours en matière civile, subsidiairement un recours constitutionnel subsidiaire. Il conclut, sous suite de frais judiciaires et dépens, à ce que le chiffre 1 du dispositif de la décision de l'*Obergericht* soit annulé et la cause renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision. Subsidiairement, il conclut à l'annulation et la réforme de la décision cantonale, en ce sens que la contribution d'entretien en faveur de l'épouse devrait être fixée à CHF 977.- par mois du 22 mars 2017 au 31 décembre 2018 et CHF 83.- du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2019. En outre, il conclut à ce qu'il soit constaté qu'il n'existe plus d'obligation d'entretien à compter du 1^{er} janvier 2020. Le recourant demande finalement que l'effet suspensif soit accordé au recours s'agissant de la contribution d'entretien à compter du 22 mars 2019.

L'intimée et l'instance précédente ont renoncé à toute prise de position. Par ordonnance du 7 mai 2021, le Président de la II^e Cour de droit civil a accordé l'effet suspensif pour la contribution d'entretien due à compter du 22 mars 2019.

Le Tribunal fédéral a délibéré en audience publique le 7 décembre 2021 et notifié sa décision par oral à l'issue de l'audience.

B. Le droit

3.

La fixation de l'entretien dû par le recourant à son épouse constitue l'objet du recours.

3.1

L'instance précédente a considéré que la compétence du tribunal des MPUC pour régler la contribution d'entretien entre les conjoints était toujours donnée, nonobstant l'introduction de l'instance en divorce intervenue dans l'intervalle. Selon l'instance précédente, même si le tribunal des MPUC statue après le moment de l'introduction de l'instance en divorce, l'entretien doit être fixé pour toute la durée de la vie séparée, et pas uniquement jusqu'à la litispendance de la procédure de divorce. Toutefois, invoquant la pratique, l'instance précédente précise qu'il ne faut plus tenir compte dans la procédure de MPUC des faits survenus ou qui prennent effet après le début de la litispendance de la procédure de divorce. Fondée sur ce qui précède, l'instance cantonale supérieure a annulé la date de fin de l'obligation d'entretien fixée au 22 mars 2019¹ par la première instance, aucune requête de mesures provisionnelles n'ayant jusqu'alors été déposée dans la procédure de divorce. Lors de la fixation des contributions d'entretien dues par l'époux, l'*Obergericht* n'a toutefois tenu compte d'aucun fait survenu ou ayant pris effet après le 22 mars 2019.

3.2

En substance, le recourant critique la non-prise en compte par l'instance cantonale supérieure des faits survenus après le 22 mars 2019, à savoir l'augmentation de salaire de l'intimée à compter du 1^{er} avril 2019, son évolution de carrière à compter du 1^{er} janvier 2020 et son

¹ Ndla : date d'introduction de l'instance de divorce.

revenu locatif (hypothétique) à compter du 1^{er} janvier 2020. Ces faits auraient dû mener à une suppression, ou à tout le moins à une réduction importante, des contributions d'entretien. Le recourant indique ensuite la manière dont l'entretien aurait dû être fixé selon lui. Le recourant soutient également que l'intimée ne dispose d'aucune fortune imposable et, partant, critique le calcul de la charge fiscale de l'épouse retenue par l'autorité précédente. Le recourant développe ensuite ses griefs en droit. Seul le grief d'application arbitraire des règles légales pertinentes sera examiné par le Tribunal fédéral.

4.

4.1

Il y a application arbitraire du droit lorsque la décision attaquée est manifestement insoutenable, est en contradiction évidente avec la situation de fait, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou contredit de manière choquante le sentiment de la justice. Le Tribunal fédéral n'annule toutefois une décision que si non seulement sa motivation, mais aussi son résultat est insoutenable. Le seul fait qu'une autre solution apparaisse concevable, voire préférable, ne suffit pas. En outre, une décision cantonale est arbitraire lorsque l'autorité cantonale s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sans motifs suffisants.

4.2

Le Tribunal fédéral s'est déjà exprimé à plusieurs reprises au sujet de la délimitation des compétences entre le tribunal de la protection de l'union conjugale et le tribunal du divorce. Ainsi, le tribunal des MPUC est compétent pour organiser la vie séparée des conjoint·e·s jusqu'à l'introduction de l'instance en divorce (art. 176 CC), alors qu'ensuite c'est le tribunal du divorce qui adopte les mesures provisionnelles nécessaires (art. 276 al. 1 CPC). Les mesures ordonnées par le tribunal des MPUC restent en vigueur aussi longtemps que le tribunal du divorce ne les modifie pas (art. 276 al. 2 CPC *cum* art. 179 al. 1 CC). L'introduction de la procédure de divorce ne rend pas la procédure de MPUC sans objet et ne fait pas perdre non plus au tribunal des MPUC sa compétence. Au contraire, le tribunal des MPUC saisi en raison de sa compétence (*i.e.* avant l'introduction de l'instance en divorce) demeure compétent pour régler la vie séparée des conjoint·e·s, même si l'une des parties intente la procédure de divorce alors que la procédure de MPUC est encore pendante. Ainsi, le fait que le tribunal des MPUC statue avant ou après l'introduction de l'instance en divorce ne joue aucun rôle.

4.3

En fin de compte, le recours porte sur le rapport entre le droit des *nova* (art. 229 et 317 CPC) et les procédures de modification prévues par la loi (*i.c.* art. 276 al. 2 CPC *cum* art. 179 al. 1 CC ; voir ég. art. 129, 134 et 286 CC).

4.3.1

Lorsque la cause est en état d'être jugée, le tribunal met fin au procès par une décision d'irrecevabilité ou par une décision au fond (art. 236 al. 1 CPC ; comp. ég. art. 327 al. 3 let. b CPC). La cause est en état d'être jugée lorsque le tribunal dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer sur le bien-fondé ou le mal-fondé des prétentions invoquées ou pour rendre une décision d'irrecevabilité, et que la procédure prévue par la loi a été menée de

façon régulière. La conduite régulière de la procédure comprend également la prise en compte des faits (pertinents pour l'issue de la cause) et des moyens de preuves (appropriés) qu'une partie introduit dans la procédure de manière admissible selon les dispositions légales applicables (art. 221 al. 1 let. d et e, et art. 229 et 317 CPC).

4.3.2

En cas de faits nouveaux, le tribunal modifie les MPUC à la requête d'un·e conjoint·e en conséquence (art. 179 al. 1 CC). Une fois la procédure en divorce introduite, le tribunal du divorce est compétent pour ce faire (art. 276 al. 2, 2^e phrase, CPC). Seuls peuvent donner lieu à une modification des vrais *nova*, *i.e.* des faits et des moyens de preuve qui ne sont survenus ou ne sont devenus disponibles qu'après le moment où de nouveaux moyens d'attaque ou de défense pouvaient être introduits dans une procédure antérieure close par un jugement entré en force². A l'inverse, de nouvelles allégations qui affirment ou prouvent un changement de circonstances, ne doivent pas être prises en compte dans la procédure de modification, lorsque et dans la mesure où, en vertu des art. 229 CPC ou art. 317 al. 1 CPC, ces allégations auraient encore pu être introduites dans la procédure qui a abouti à la décision dont la modification est requise.

4.3.3

Ainsi, le Tribunal fédéral a taxé d'arbitraire une décision sur appel qui ne tient pas compte de *nova* admissibles en vertu de l'art. 317 al. CPC et les renvoie à une procédure en modification au sens de l'art. 179 CC, d'autant plus qu'une telle décision s'écarte sans motif objectif valable de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine³.

4.4

Ce qui précède revêt une portée générale. Il incombe au tribunal des MPUC saisi dans le cadre de sa compétence de mener à terme la procédure de MPUC (y compris une éventuelle procédure de recours) en incluant l'ensemble des faits et moyens de preuve admissibles en vertu des art. 229 ou 317 CPC. Par conséquent, peu importe qu'une procédure de modification soit, ou non, déjà introduite alors que la procédure de MPUC est toujours pendante. De même, est dénué de pertinence le fait qu'une éventuelle procédure en modification soit introduite devant le tribunal des MPUC ou celui du divorce. Dans tous les cas, la procédure de MPUC doit être amenée au stade d'être en état d'être jugée et, ainsi, régulièrement menée et clôturée.

4.5

De ce qui précède, il découle les considérations suivantes pertinentes pour la présente problématique :

Le tribunal des MPUC saisi avant la litispendance de la procédure de divorce ordonne les mesures nécessaires pour régler la vie séparée des conjoint·e·s, mesures qui restent en vigueur au-delà de l'introduction de l'instance en divorce jusqu'à une éventuelle modification. Le tribunal des MPUC mène à terme la procédure pendante devant lui (y compris une éventuelle procédure de recours), même si, dans l'intervalle, une requête commune ou une demande unilatérale en divorce est déposée. Une décision n'est rendue que lorsque la cause

² Sur cette problématique, voir en particulier l'ATF 143 III 42 = JdT 2017 II 342.

³ ATF 143 III 42, consid. 5.5 = JdT 2017 II 342 ; arrêt du TF 5A_436/2020 du 5 février 2021, consid. 4.1.

est en état d'être jugée, ce qui suppose la prise en compte de tous les faits et moyens de preuve admissibles en vertu de l'art. 229 CPC (et cas échéant de l'art. 317 CPC). Ainsi, la procédure de MPUC se termine régulièrement au plus tard avec la notification d'une décision cantonale suite à une procédure d'appel (art. 318 al. 2 CPC), puisqu'un éventuel recours en matière civile [au Tribunal fédéral] n'empêche en principe pas l'entrée en force de chose jugée formelle de la décision cantonale⁴. Seuls des vrais *nova* peuvent ensuite donner lieu à une modification des MPUC, par le tribunal des MPUC ou celui du divorce (art. 179 al. 1 CC, cas échéant *cum* art. 276 al. 2 CPC).

Ceci peut déboucher, dans un cas d'espèce, à ce que le tribunal des MPUC doive tenir compte de faits survenus uniquement après l'introduction de l'instance en divorce et qui ne déploieront en outre leurs effets que durant la procédure de divorce. Il faut toutefois l'admettre comme conséquence d'une coordination aussi efficace que possible, sous l'angle de l'économie de procédure, entre les procédures de MPUC et de divorce (voir ég. consid. 4.6). De cette manière, on garantit que les mesures ordonnées sont aussi actuelles que possible et correspondent à la réalité factuelle.

4.6

Selon la solution retenue dans la décision entreprise, les parties seraient contraintes, en cas d'état de fait similaire à celui en cause dans la présente espèce, de déjà introduire une requête en modification alors même que la procédure de MPUC est encore pendante, requête qui ne pourrait en tous les cas pas encore être appréhendée. Une telle solution conduirait non seulement à une multiplication des procédures, mais soulèverait aussi des questions complexes de coordination entre les procédures et serait contraire à l'objectif de la jurisprudence de parvenir à une coordination aussi simple que possible entre la procédure de MPUC et celle de divorce.

En outre, il n'est possible de faire rétroagir les effets d'une décision de modification de MPUC à une date antérieure à l'introduction de la requête en modification que de manière très limitée.

Finalement, il faut relever que la pratique des instances cantonales supérieures varie s'agissant de la prise en compte de faits nouveaux lors du passage de la procédure de MPUC à celle du divorce, et que plusieurs cantons suivent l'exemple du canton de Zurich, alors que d'autres penchent en faveur de la solution défendue ici. Le fait de traiter de différentes manières les faits survenus après l'introduction de l'instance de divorce dans le cadre d'une procédure de MPUC est, en soi, discutable et il convient également de l'éviter, afin d'exclure le risque qu'en cas de changement de compétence, certains faits ne soient pas pris en compte du tout, car la pratique du premier canton impose de les prendre en compte dans la procédure de MPUC, alors que celle du second canton impose d'en tenir compte dans la procédure de divorce (art. 29 al. 1 Cst.).

4.7

Selon ce qui a été exposé, en ne tenant pas compte de manière systématique de certains faits allégués dans les délais et la forme requis dans la procédure de prononcé de MPUC, l'instance précédente a empêché la clôture régulière de celle-ci et s'est écartée sans motif convaincant

⁴ ATF 146 III 284.

de la jurisprudence topique. Dans le même temps, elle n'a pas respecté les règles du Code de procédure civile relatives aux *nova*, qui ne distinguent pas entre les faits survenus avant ou après la litispendance d'une autre procédure, *in casu* la procédure de divorce. La décision entreprise se révèle ainsi insoutenable dans sa motivation. Le fait que la solution retenue par l'*Obergericht* soit en partie approuvée en doctrine n'y change rien. Certes, une décision qui peut s'appuyer sur des avis de doctrine n'est en principe pas arbitraire⁵. Les avis doctrinaux en question se limitent toutefois à évoquer la pratique en vigueur dans certains cantons, sans pour autant examiner le rapport entre le droit des *nova* et les procédures en modification prévues par la loi. Ces avis sont ainsi sans importance dans le cas d'espèce.

4.8

Finalement, l'erreur de l'instance précédente est également susceptible d'avoir des répercussions sur le résultat du cas d'espèce.

5.

5.1

En résumé, l'*Obergericht* a versé dans l'arbitraire en ne tenant pas compte des faits et moyens de preuve postérieurs au 22 mars 2019 au seul motif de la litispendance de la procédure de divorce. Au contraire, il aurait dû examiner si les *nova* auraient dû être pris en compte dans la procédure de MPUC en vertu des art. 229 et 317 CPC. La décision entreprise est ainsi partiellement annulée et la cause renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision quant à la question de l'entretien de l'intimée.

III. Analyse

Il peut sembler surprenant qu'une partie doive invoquer dans une procédure (y compris au stade de l'appel) de mesures protectrices ou en modification de mesures protectrices des faits – et les preuves y relatives – survenus alors qu'une procédure de divorce a déjà été entamée. Mais comme le relève à raison le Tribunal fédéral, cette approche est conforme au régime du CPC en matière de *nova* en première instance (art. 229 CPC) et au stade de l'appel (art. 317 CPC).

Cela signifie qu'une partie qui n'invoque pas, sans retard, des faits survenus depuis le dépôt d'une demande en divorce dans la procédure de mesures protectrices encore ouverte alors que l'art. 229 ou 317 CPC le permet, ne peut plus les invoquer dans une requête de mesures provisionnelles à l'appui de la procédure de divorce. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le relever dans un arrêt du 5 février 2021, 5A_436/2020, consid. 5.4 : « *s'il est vrai que la compétence du juge du divorce pour rendre des mesures provisionnelles est donnée dès que la procédure de divorce est pendante, il n'en demeure pas moins que les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur au-delà de l'ouverture de cette procédure tant qu'elles n'ont pas été modifiées aux conditions de l'art. 179 CC. Or, en l'occurrence, si le recourant a bien déposé une demande en divorce et saisi le juge du divorce d'une requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, ce dernier n'avait pas (encore) statué à ce sujet au moment où l'appel de l'intimée contre le prononcé de mesures protectrices était pendant. Quoi qu'il en soit, quand bien même il aurait été amené à statuer sur mesures provisionnelles*

⁵ ATF 127 III 232, consid. 3a ; ATF 122 III 439, consid. 3b.

avant l'autorité saisie de l'appel, le juge du divorce n'aurait de toute façon pas pu tenir compte des faits nouveaux allégués par le recourant dans la mesure où la jurisprudence prohibe expressément la prise en compte, dans le cadre de la procédure en modification des mesures protectrices, de faits et moyens nouveaux qui auraient déjà pu être invoqués dans le cadre de l'appel contre la décision de mesures protectrices de l'union conjugale ».

La règle vaut également lorsque ces **faits nouveaux sont portés à la connaissance d'une partie alors que le délai d'appel court encore** : celle-ci doit appeler, et faire valoir ces faits devant l'instance supérieure. Elle ne peut plus le faire dans la procédure de mesures provisionnelles en modification des mesures protectrices. Autant dire que les parties doivent être bien renseignées par leurs mandataires sur la nécessité de leur mentionner tout fait nouveau immédiatement dès qu'ils en ont connaissance.

Les **faits évolutifs** entraînent de réelles difficultés. Une perte de travail ou la prise d'un emploi doit-elle par exemple être invoquée immédiatement ? La jurisprudence retient en effet que la perte d'un emploi n'a d'incidence qu'après une période de chômage d'environ quatre mois (TF 5A_874/2019 du 22 juin 2020, consid. 4.3.1). Il faudrait donc déterminer d'après la jurisprudence si le caractère durable de la diminution de revenu n'intervient qu'après le moment où des *nova* sont encore susceptibles d'être présentés en appel (TF 5A_436/2020 précité, consid. 5.4), ce qui n'est pas toujours une mince affaire. De telles difficultés pratiques ne sont probablement pas susceptibles d'émouvoir les juges chargés d'examiner *a posteriori* le respect des règles temporelles par les parties et leurs mandataires. Vu le très bref délai pour invoquer ces éléments au titre de *nova* et leur incidence tout sauf anodine, il faudra à notre avis toujours invoquer ces faits en appel, quitte à tenter en parallèle ou plus tard une procédure de modification.

L'application de la **maxime inquisitoire illimitée** en présence d'**enfants mineur·e·s** (art. 296 al. 1 CPC) permettra néanmoins d'atténuer la sévérité de cette jurisprudence, puisque dans un tel cas les *nova* peuvent être librement invoqués, en première instance, jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC) et, en deuxième instance, même si les conditions de l'art. 317 CPC ne sont pas remplies (ATF 147 III 301, consid. 2.2 ; ATF 144 III 349, consid. 4.2.1 ; FRANÇOIS BOHNET, Maxime inquisitoire illimitée et *novas* en appel, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2018). Rappelons que la partie débitrice d'entretien profite également de la maxime inquisitoire illimitée (ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; TF 5A_75/2020 du 12 janvier 2022, destiné à la publication, consid. 6.4 *i.f.* ; TF 5A_899/2019 du 17 juin 2020, consid. 3.2.2) et que cette maxime continue de s'appliquer en deuxième instance, même lorsque seul l'entretien de l'ex-conjoint·e est encore litigieux, en raison de l'interdépendance de l'entretien entre conjoint·e et de l'entretien de l'enfant (TF 5A_75/2020 du 12 janvier 2022, destiné à la publication, consid. 6.4 *i.f.* ; TF 5A_119/2021 du 14 septembre 2021, consid. 6.2).