

Éclairages  
Droit matrimonial



Référence de la décision:

[5A\\_120/2021](#)

Mots-clés:

**Mesures protectrices de l'union conjugale, Divorce, Contribution d'entretien, Compétenc**

Articles de loi:

[art. 175 CC](#) | [art. 176 CC](#) | [art. 179 CC](#)

iusNet DC 28.03.2022

## Procédures provisoires parallèles et nova en matière d'entretien

Commentaire de l'arrêt TF 5A\_120/2021 du 11 février 2022



Anne Reiser, Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

*Résumé : cet arrêt nous rappelle qu'un bon praticien doit éviter de déposer des mesures provisionnelles de divorce avant que l'arrêt de dernière instance cantonale ne soit rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale, pour ne pas se priver de la faculté de faire valoir des nova en mesures provisionnelles devant le juge du divorce.*

A (recourante) et B (intimé) sont les parents mariés d'un fils C (né en 2012) et d'une fille D (née en 2015). Ils vivent séparés depuis le premier mai 2018. Par décision du 20 octobre 2018, le tribunal de première instance a attribué la garde à la mère et a condamné le père à verser des montants à titre de contribution d'entretien en faveur des enfants comprenant, pour tous deux, une contribution de prise en charge. Le 13 décembre 2019, le père a requis la diminution des contributions d'entretien, par voie de requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale. Le 5 mars 2020, lesdites contributions ont été réduites par voie de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de modification. En avril 2020, la commune qui faisait l'avance, à la mère, des contributions d'entretien dues aux enfants a été admise à participer à la procédure. La mère a recouru vainement contre la décision du 5 mars 2020, jusqu'au Tribunal fédéral (arrêt TF\_5A\_536/2020 du 23 novembre 2020). Le 7 juillet 2020, l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 20 octobre 2018 a été modifiée et les contributions ont été revues à la baisse.

Dans l'intervalle, par requête unilatérale du 30 avril 2020, la mère a demandé le divorce ainsi que la prise de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce. Les contributions d'entretien qu'elle y réclame pour les enfants sont plus élevées que celles qui ont été fixées initialement sur mesures protectrices de l'union conjugale.

Saisie de recours par les deux parties, le Tribunal cantonal de Bâle campagne a à nouveau fixé les montants à titre de contribution d'entretien. **La mère recourt au Tribunal fédéral et demande la modification des contributions, en reprenant les montant adjugés en première instance, sur mesures protectrices de l'union conjugale.**

Le Tribunal fédéral fait pièce, tout d'abord, au moyen élevé par l'intimé, qui estime que la mère n'aurait pas seule la légitimation active ; elle aurait dû inclure, dans la procédure de recours, la commune qui avance les montants fixés au titre de contribution d'entretien. Notre Haute Cour se réfère à son arrêt 5A\_75/2020 du 12 janvier 2022 c. 6 (destiné à publication) en rappelant qu'une commune qui fait l'avance des contributions d'entretien (art. 289 al. 2 CC), n'est pas subrogée au droit de fond , mais uniquement à la prétention en recouvrement des aliments avancés. L'objet de la procédure en modification est en revanche le droit matériel à l'entretien, raison pour laquelle la légitimation passive appartient toujours à l'enfant ou à son représentant, indépendamment de toute avance effectuée. Ainsi, la commune n'est pas partie à la présente procédure de recours et la recourante est légitimée à recourir seule au Tribunal fédéral en qualité de représentante de l'enfant. Cependant, dès lors que la commune a participé à la procédure cantonale, le Tribunal fédéral lui donnera la possibilité de prendre position (c. 1.2).

L'intimé est ensuite d'avis que l'autorité de recours aurait versé dans l'arbitraire. Or, dans la mesure où il n'a pas interjeté recours au Tribunal fédéral, il peut uniquement demander le maintien de la décision attaquée en raison de l'interdiction de la reformatio in pejus (c. 1.3).

La recourante soutient que la compétence matérielle du tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale se limiterait à la période qui court jusqu'à la saisine du juge du divorce : comme elle a introduit une requête de divorce le 30 avril 2020, le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale aurait été privé de sa compétence pour trancher la modification des mesures protectrices de l'union conjugale et aurait ainsi violé l'art. 30 al. 1 Cst. (c. 4.1). Le Tribunal fédéral rappelle qu'il a indiqué à réitérées reprises que la litispendance du tribunal de divorce ne prive pas le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale de sa compétence (c. 4.2). Le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale était compétent pour examiner la demande en modification de l'intimé qui avait été introduite avant la litispendance de la procédure de divorce. En outre, il ne ressort pas du dossier que le juge du divorce aurait ordonné des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce (c. 4.3).

Enfin, la recourante est d'avis que l'autorité de recours serait tombée dans l'arbitraire dans la mesure où elle n'a pas tenu compte de faits et moyens de preuve nouveaux qui sont nés après l'introduction de la requête de divorce le 30 avril 2020 (c. 5.1). Selon la jurisprudence fédérale, le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale doit mener la procédure de manière complète, ce qui signifie qu'il doit admettre des faits et moyens de preuve nouveaux en fonction des critères de l'art. 229 et 317 CPC, indépendamment de la litispendance de la procédure de divorce. Le fait qu'une demande de mesures provisionnelles ait été déposée auprès du tribunal de divorce n'y change rien. Le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale reste compétent en l'absence d'une décision du tribunal de divorce. Par conséquent, il est manifestement insoutenable de ne pas tenir compte de faits et moyens de preuve nouveaux sur la base de la litispendance de la procédure de divorce (c. 5.2).

Demeure contestée la modification des mesures protectrices de l'union conjugale (c. 5.3), et l'examen du changement durable et important des circonstances (c. 5.3.1). Selon les constatations de l'autorité de recours, la modification des mesures protectrices de l'union conjugale s'imposait en raison du fait que l'époux a perdu son emploi et que l'épouse vivait en concubinage, ce qui baisserait ses coûts effectifs. En outre, l'autorité de recours a constaté que l'épouse exerçait une activité lucrative à 50%, ce qui n'était pas le cas auparavant. Finalement, l'autorité précédente a soulevé que l'époux jouissait d'un droit de visite étendu à partir du 28

novembre 2019, raison pour laquelle il assumait une partie plus large de la prise en charge (c. 5.3.2). La recourante relève que sa relation a pris fin. En outre, elle indique que l'augmentation de ses revenus ne saurait justifier une modification des mesures protectrices de l'union conjugale dans la mesure où son activité lucrative lui permet de couvrir le déficit (c. 5.3.3). Le Tribunal fédéral estime que la fin du concubinage de la recourante, qui n'avait pas été prise en compte par l'autorité de recours, est susceptible de changer notablement et durablement la situation financière de la recourante, étant donné que l'autorité de recours avait réduit les besoins de celle-ci par CHF 1'000 en raison de son concubinage (c. 5.3.4). Par conséquent, la décision attaquée s'avère arbitraire dans ses effets (c. 5.3.5). L'autorité de recours a versé dans l'arbitraire dans la mesure où elle n'a pas tenu compte des faits et moyens de preuve nouveaux invoqués par la recourante sur la base du critère de la litispendance de divorce et non pas en fonction des critères concernant l'admissibilité des novas au sens des art. 229 et 317 CPC. Le recours est admis et la cause renvoyée pour nouvelle décision (c. 6.1). Le Tribunal fédéral admet les demandes d'assistance judiciaire des parties (c. 6.2).

Mis en rapport avec les précédents arrêts du tribunal fédéral, cet arrêt nous rappelle surtout qu'un bon praticien doit éviter de déposer des mesures provisionnelles de divorce avant que l'arrêt de dernière instance cantonale ne soit rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale, pour ne pas se priver de la faculté de faire valoir des nova en mesures provisionnelles devant le juge du divorce.