

Tribunal fédéral – 5A_842/2015
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 26 mai 2016 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Céline de Weck-Immelé, Modification d'une convention entre époux en mesures protectrices et provisionnelles : cherchez l'erreur ! ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_842/2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2016

Newsletter été 2016

Mesures protectrices ;
mesures provisionnelles,
entretien, procédure.

Art. 179 CC, 23 CO,
276 CPC

Modification d'une convention entre époux en mesures protectrices et provisionnelles : cherchez l'erreur ! ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_842/2015

Céline de Weck-Immelé

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_842/2015, destiné à la publication au recueil officiel, analyse les conditions qui doivent être remplies pour prétendre à la modification d'une convention conclue entre époux pendant une procédure de mesures protectrices et ratifiée par le juge. Il distingue en particulier la modification ultérieure de faits, incertains au moment de l'accord et qui ont précisément fait l'objet de la transaction (*caput controversum*) de ceux qui étaient considérés par les deux parties comme certains (*caput non controversum*).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les époux mariés en 1998, parents de jumelles nées en 2009, se séparent le 1^{er} janvier 2013. Le 26 novembre 2013, lors d'une audience tenue dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, les époux passent une convention qui sera ratifiée par le juge. Au terme de dite convention, l'époux s'est engagé à contribuer à l'entretien de sa famille par le versement mensuel et d'avance, de CHF 750.00 pour chacun de ses enfants allocations familiales en sus, et pour son épouse de CHF 800.00 d'avril à juin 2013, CHF 1'100.00 de juillet 2013 à mars 2015 au plus tard, en fonction de la situation de logement de l'épouse, puis de CHF 2'500.00 dès le mois d'avril 2015.

Dans le cadre de leur convention, les parties avaient projeté que l'époux réaliserait un revenu de CHF 4'600.00 dans son activité principale d'instructeur, pour un taux d'activité oscillant entre 40 et 60%.

En février 2014, les époux ouvrent une procédure en divorce et le mari dépose le 31 juillet 2014 une requête visant à la modification des contributions fixées dans la convention, demandant leur adaptation à la nouvelle situation. Il allègue ne réaliser en réalité que CHF 4'000.00 dans son activité d'instructeur en lieu et place des CHF 4'600.00 retenus, rappelant que son taux d'activité pouvait varier de manière importante, en particulier du fait des heures supplémentaires qu'il pouvait être amené à effectuer ; selon lui, depuis le début de l'année 2014, l'absence d'heures supplémentaires entraîne un taux d'activité oscillant entre 40 et 50% et non 60% comme envisagé au moment de la convention.

En première instance, le tribunal a adapté la contribution d'entretien due à l'épouse en la fixant à CHF 1'530.00 d'août 2014 à octobre 2015, puis à CHF 2'030.00, les contributions d'entretien des enfants restant pour leur part inchangées.

Statuant sur appel, la Cour cantonale a fixé la contribution d'entretien due pour l'épouse à CHF 1'530.00 d'août 2014 à octobre 2015, puis à CHF 1'675.00, les contributions d'entretien pour les enfants restant inchangées.

L'époux recourt au Tribunal fédéral, concluant au paiement de contributions d'entretien de CHF 370.00, respectivement CHF 395.00 pour son épouse et de CHF 400.00 respectivement CHF 450.00 pour chacun de ses enfants.

B. Le droit

Le Tribunal rappelle qu'il ne s'agit pas de fixer *ab ovo* les obligations d'entretien pour la durée de la procédure de divorce puisqu'elles ont déjà été prévues par une convention ratifiée dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale. Il s'agit ainsi d'une procédure en modification. Pendant la procédure de divorce, le juge prend toutes les mesures provisionnelles nécessaires (art. 276 CPC) ; celles-ci sont équivalentes à celles prévues en mesures protectrices (art. 171ss CC) de sorte que de telles mesures préexistantes restent valables pendant la procédure de divorce (Art. 176 al. 1 ch. 1 et 3 CC en lien avec l'art. 163 CC), jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par des mesures provisionnelles (art. 276 al. 2 CPC) (**consid. 2.1 et 2.2**).

La Cour rappelle que les décisions rendues en mesures protectrices de l'union conjugale ou pendant la procédure de divorce, comme toute décision rendue en procédure sommaire ou ordinaire (ATF 141 III 43, consid. 2.5.2), entrent formellement en force une fois le délai de recours échu et deviennent alors en principe incontestables ; partant, une nouvelle requête fondée sur un état de fait identique se heurte au moyen tiré de la chose jugée (*res judicata*) (ATF 141 III 376, consid. 3.3.4) (**consid. 2.3**).

Les mesures protectrices, comme les mesures provisionnelles, sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire (art. 271 al. 1 CPC et 276 al. 1 CPC) pour laquelle l'administration des preuves est restreinte et le degré de preuve limité à la simple vraisemblance (art. 254 ss CPC) ; compte tenu de cette particularité, le Code prévoit que les mesures protectrices ou provisionnelles (art. 179 CC et 268 al. 1 CPC) peuvent être supprimées ou modifiées ultérieurement, ces règles complétant les dispositions générales sur la révision (art. 328 ss CPC). Elles ont ainsi un caractère provisoire et sont revêtues de l'autorité de la chose jugée limitée. En ce sens, elles peuvent être modifiées pour l'avenir (**consid. 2.4**).

Le Tribunal fédéral retient (**consid. 2.4.1**) qu'une requête en modification de mesures protectrices ou provisionnelles suppose une modification durable et essentielle des circonstances. Une partie ne peut invoquer une modification des circonstances qui est la conséquence de son propre comportement contradictoire et donc abusif. De même, les changements de circonstances déjà envisageables au moment de la première décision et qui ont été pris en compte lors de cette dernière ne peuvent plus justifier de modification ultérieure (ATF 141 III 376, c. 3.3.1). Une modification est possible lorsque les circonstances qui ont justifié la décision se sont révélées fausses par la suite ou ne se sont pas réalisées comme prévu, ou lorsque la décision s'avère ultérieurement injustifiée dans son résultat, car des faits déterminants n'étaient alors pas connus du tribunal (**consid. 2.4.2**).

Au même titre que les parties peuvent conclure une convention réglant les effets accessoires du divorce soumise à ratification, il leur est loisible de prévoir par convention leurs obligations réciproques dans le cadre de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce. L'accord des parties leur permet de mettre fin définitivement à d'éventuelles incertitudes concernant les faits pertinents ou la portée juridique de ceux-ci. Que l'accord des parties soit soumis à la ratification d'un juge n'empêche pas qu'elles jouissent d'une large liberté de sorte que la transaction qui est précisément conclue pour régler une question incertaine (état de fait ou conséquence juridique) ne peut être modifiée par la suite (**consid. 2.5**).

Les possibilités de modifier des mesures protectrices ou provisionnelles fixées sous forme de convention ratifiée sont ainsi restreintes. Une telle restriction existe également lorsqu'il s'agit de modifier une convention de divorce (TF, 5A_688/2013 et 5A_187/2013) (**consid. 2.6**).

Il n'y a pas lieu d'adapter la situation lorsque les faits ont été conventionnellement définis pour clarifier un état de fait incertain (*caput controversum*). Dans ce cas, il n'est en effet pas possible de mesurer le caractère notable du changement de circonstances. Sont réservés les faits nouveaux qui se trouvent clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle était envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord (**consid. 2.6.1**).

Par ailleurs, une modification n'est en principe envisageable qu'en cas de vice du consentement (erreur, dol, crainte fondée ; art. 23 ss CO). L'erreur peut être retenue lorsqu'au moment de la conclusion de la convention, les deux parties ont considéré un certain état de fait comme donné alors que ce dernier s'est avéré par la suite inexact, ou lorsque l'une des parties a par erreur considéré comme existants des faits sans lesquels, de manière reconnaissable pour l'autre partie, elle n'aurait pas conclu l'accord. D'autres corrections ne sont pas possibles. En raison de la nature de la transaction, lorsque les parties choisissent de régler par convention un point qui était incertain (*caput controversum*), il n'y a plus de place pour les dispositions relatives à l'erreur, à défaut de quoi les questions auxquelles les parties entendaient mettre fin de manière définitive à travers la convention seraient à nouveau discutées (ATF 130 III 49 consid. 1.2). La situation est identique dans le cadre de mesures protectrices ou provisionnelles dans la mesure où les parties ont souhaité régler leurs obligations réciproques par convention et mettre ainsi fin de manière définitive au litige. L'erreur sur l'objet même de la transaction ne peut être invoquée (**consid. 2.6.2**).

Le Tribunal cantonal a pris en considération pour le recourant un salaire de CHF 6'130.00 en considérant qu'il avait diminué volontairement son taux d'activité. Le recourant invoque que la décision se base sur plusieurs erreurs manifestes et que les prémisses sur lesquelles s'était fondée la première décision étaient clairement en contradiction avec l'état de fait actuel. Il invoque que depuis le 1^{er} juillet 2014, son contrat de travail a changé en ce sens qu'il lui assure un salaire fixe correspondant à une activité à 60%, alors que précédemment il travaillait pour une rémunération à l'heure qui correspondait à un taux variable de 40-50%. Cette modification du contrat n'implique pas de diminution volontaire de son revenu. La réduction effective du revenu tient au fait que pour des motifs personnels liés à sa situation, il avait cumulé de nombreuses heures supplémentaires en 2011 et 2012 de sorte que son salaire correspondait alors à une activité oscillant entre un taux d'environ 65% (pour l'année 2011) et un taux de 75% (pour l'année 2012). A mesure qu'il ne pouvait plus compter dorénavant sur de tels taux d'activité, on ne pouvait retenir un taux supérieur à 60%, seul garanti par son contrat de travail (**consid. 3.1.1**).

Le Tribunal fédéral écarte l'argument du recourant en retenant que celui-ci ne démontre pas pourquoi au moment de la décision en novembre 2013, on ne pouvait pas anticiper le fait qu'il ne pourrait plus à l'avenir réaliser les revenus des années 2011 et 2012 qui étaient à la base de la convention. Il précise que les parties avaient dû, pour définir les perspectives salariales, formuler des pronostics dont il avait été tenu compte dans la convention. Ce simple fait exclut la possibilité de modifier la décision indépendamment qu'elle soit intervenue sur la base d'une convention.

Si cet élément de fait constituait l'objet même de la transaction (*caput controversum*), on ne pourrait quoiqu'il en soit pas faire valoir l'existence de circonstances importantes nouvelles ; de même serait exclue une modification pour cause d'erreur, la décision se fondant sur une convention des parties. Si l'élément ne constituait pas le *caput controversum*, seul un vice du consentement pourrait être invoqué. Or, le recourant n'a pas allégué d'erreur essentielle et rien en ce sens ne ressort du dossier (**consid. 3.1.2**).

A côté d'une activité d'instructeur dans une école, l'époux exploite un domaine agricole. Il n'a pas démontré qu'au moment des mesures protectrices, le revenu de l'exploitation avait été fixé sur des éléments erronés à CHF 1'355.00, ni que les circonstances avaient changé de manière inattendue et durable. Le recourant allègue que le revenu issu de son activité accessoire n'était pas connu, mais que les parties avaient formulé l'hypothèse que celle-ci représentait un 60% et celle d'exploitant un 20% et que l'activité accessoire représentait un gain équivalent à 20% de l'activité principale. L'évolution du rendement de cette activité entre les années 2010 et 2013 montre, selon lui, que cette projection était fautive. D'autre part, le recourant reproche au tribunal de première instance de n'avoir pas retenu que le comportement de son épouse – qui avait résilié de manière anticipée les baux de la pension pour chevaux et était partie avec les animaux ainsi que tout l'équipement – l'avait empêché d'exploiter dite pension comme il l'avait fait par le passé. Il avait ainsi été contraint de changer l'orientation de son exploitation, de telle sorte que ses revenus ne correspondaient dès lors plus qu'à CHF 500.00 par mois.

La Cour retient qu'il n'y a pas de lien entre le revenu d'instructeur du recourant et la nécessité de restructurer l'exploitation agricole. Dans la mesure où les circonstances évoquées ne font

pas partie des fondements à la base des décisions initiales, même des développements inattendus ne justifient pas une modification des contributions d'entretien. Manifestement, le salaire d'instructeur avait été pris en considération comme base de réflexion puisque les revenus de l'exploitation étaient incertains. Dans la mesure où cette question constituait le *caput controversum*, elle ne peut ainsi plus être modifiée. Par ailleurs, même dans l'hypothèse où les parties avaient considéré le revenu partiel comme un élément déterminé, et même en l'absence de convention, on ne voit pas en quoi il y aurait une erreur essentielle (**consid. 3.2.2**).

III. Analyse

Cet arrêt rappelle quelques principes déjà bien établis :

- Des mesures protectrices restent en vigueur même après l'ouverture de la procédure en divorce pour et ce jusqu'à la modification ultérieure par de nouvelles mesures provisionnelles ou jusqu'au jugement au fond.
- Les mesures provisionnelles ou protectrices ont une force de chose jugée relative et peuvent être modifiées pour l'avenir.
- Une modification suppose un changement durable et essentiel des circonstances. Ce changement ne doit pas être la conséquence du comportement de celui qui l'allègue, ni porter sur des modifications déjà envisageables au moment de la décision et prise en considération par cette dernière. Une modification est possible lorsque les circonstances qui ont justifié la décision se sont révélées fausses par la suite ou ne se sont pas réalisées comme prévu, ou lorsque la décision s'avère ultérieurement injustifiée dans son résultat car des faits déterminants n'étaient alors pas connus du tribunal.

L'arrêt rappelle également que les conventions conclues tant pendant la séparation en mesures protectrices que pendant la procédure de divorce, ainsi que celles qui portent sur les effets accessoires de celui-ci sont des transactions judiciaires. Il souligne ainsi la liberté dont jouissent les parties lorsqu'il s'agit de fixer les éléments déterminants de leur convention et de ce fait les possibilités restreintes de modifier des décisions prises sur la base de telles conventions.

La Cour distingue les éléments que les parties ont, dans leur réflexion au moment d'établir leur convention, considérés comme établis (*caput non controversum*) de ceux qui étaient incertains, soit dans l'établissement des éléments déterminants eux-mêmes, soit dans leurs conséquences juridiques. Les modifications qui interviennent ultérieurement sur des points considérés comme établis peuvent entraîner une révision de la décision à mesure que l'on peut alors mesurer le caractère essentiel et durable du changement intervenu, ainsi que le fait qu'elles n'aient pas été envisageables par les parties et prises en compte dans leur réflexion. Une modification peut aussi sur ces points-là être envisagée sous l'angle de l'erreur essentielle.

Pour les points incertains ayant précisément fait l'objet d'une transaction, aucune modification ne peut être envisagée, tant du fait qu'il est impossible de mesurer le caractère notable du changement de circonstances, que du fait de leur nature même ; la transaction sur un tel point exclut qu'il puisse être rediscuté, les parties voulant précisément mettre fin de manière définitive à la question par la convention. Sont réservés des éléments qui sortaient

clairement du cadre de l'évolution future des événements telle qu'elle était envisagée par les parties.

Pour déterminer si un changement de situation, en admettant qu'il soit important et durable, entraînera une modification de la convention, il faudra pouvoir établir s'il porte sur un point qui était bien déterminant pour l'accord des parties, qui était considéré par elles comme établi ou au contraire incertain et alors faisant l'objet d'une transaction. Pour éviter l'insécurité que posent ces diverses questions, il faudrait que la convention permette de répondre à chacune d'entre elles.

Le cas développé par l'arrêt est relativement fréquent en cas de pluralités d'emplois à temps partiel, d'activité indépendante ou de quelque autre situation provisoire pour l'une ou l'autre des parties d'un point de vue professionnel. La seule voie pour les parties qui souhaitent trouver une réponse rapide et amiable à leur litige consiste alors à transiger sur la base de pronostics ou d'hypothèses. A de nombreuses reprises, les parties s'entendent sur un montant de contribution sans plus qu'à ce stade les bases de leurs réflexions ne leur semblent significatives de sorte que, ni leur accord, ni le procès-verbal d'audience, ne permettra ensuite de définir dans quel cas de figure elles se trouvaient. Ce faisant, les parties ignorent sans doute qu'elles risquent de sceller l'avenir de manière presque définitive. Ceci est d'autant plus vrai que les conventions sont fréquemment rédigées par des parties non représentées. Les procès-verbaux d'audience sont aussi peu diserts, qui plus est en mesures protectrices ou provisionnelles où les déclarations des parties ne sont pas toujours retranscrites. Si le juge doit contrôler les bases sur lesquelles les parties se sont entendues, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile, même en respectant les incombances de l'art. 282 CPC, d'établir tous les éléments ayant déterminé les parties, de distinguer ceux qu'elles ont fixés de manière quasi mathématique de ceux qu'elles ont pris en considération presque de manière arbitraire pour avoir une base leur permettant de mettre fin à une situation incertaine. Il sera également rarement possible de savoir si et comment les parties ont tenu compte dans leur pronostic d'une évolution future envisageable. On ignorera souvent tout des discussions préalables et des points qui étaient controversés ou incertains, ce d'autant plus lorsque l'entretien ne concerne que les conjoints et que le contrôle judiciaire est ainsi moins exigeant. En cas de convention conclue ultérieurement pendant la procédure, la situation en procédure sommaire à tout le moins ne sera pas différente. En effet, en cas de requête, il est fréquent qu'aucune réponse écrite ne soit déposée, que seules les conclusions prises par les parties soient indiquées au procès-verbal de l'audience sans que l'on puisse déterminer ultérieurement les points qui faisaient l'objet de controverses dans les circonstances déterminantes au calcul des contributions d'entretien. On imagine ainsi toute la difficulté ultérieure visant à établir la commune volonté des parties sur le caractère « transactionnel » ou non d'une circonstance et donc de son côté définitif.

Ce qui précède est d'autant plus évident en procédure de séparation ou pendant la procédure de divorce, où de manière assez naturelle, les parties pourraient céder à la tentation de penser qu'une convention peut être revue plus aisément que suite à un divorce, en raison de sa nature provisoire.

De là à dire que la transaction dans ce mode de procédure est risquée, il n'y a qu'un pas. Ne serait-il pas dès lors préférable pour celui qui, dans le doute, prend le risque que ses revenus soient surévalués, d'opter pour une décision qui contiendrait moins d'incertitude ? Même si

elle lui était moins favorable dans un premier temps, en cas de changement ultérieur, une modification de la décision serait alors plus aisée par rapport à une convention.

Il est certes capital que les accords ne soient pas sans cesse rediscutés, mais à trop vouloir sécuriser une situation négociée par convention, le risque existe que le remède soit pire que le mal. Il y a bien sûr une logique indéniable à appliquer les règles des art. 23ss CO, mais c'est sans doute omettre la situation particulière des époux en séparation ou en procédure de divorce qui ne peuvent être comparés à des partenaires commerciaux, libres de choisir leur cocontractant et l'objet de leur accord.

Cet arrêt obligera les parties attentives à être précises sur les bases de leur transaction et sur le caractère « révisable » de chacun des éléments pris en considération ; il doit aussi conduire les juges amenés à ratifier de telles conventions à s'assurer que les parties ont clairement indiqué la nature certaine ou incertaine des faits retenus. Ces obligations ne tiennent pas compte du fait que la plupart des parties procèdent de manière amiable et seules. De surcroît, la voie de la conciliation, donc de la transaction devrait désormais se trouver au premier plan (art. 273 al. 3 CPC). Tant de précautions et de réserves ne sont-elles pas précisément en contradiction avec le processus de réglementation amiable des conflits en les rendant trop lourds et incertains ? Poursuivre sur cette voie, ne conduit-il pas à courir le risque que le mode conventionnel devienne trop difficile à appréhender quant à son évolution dans une situation pourtant provisoire ? Le risque qu'on finisse par tourner le dos à de telles transactions n'est pas souhaitable, en particulier dans de telles procédures où la résolution rapide et amiable des conflits financiers permet la sauvegarde de nombreux intérêts communs aux deux époux et à leur famille.

Cet arrêt assimile la modification d'une convention en mesures protectrices à celle d'une convention complète en divorce et y fixe des conditions identiques (TF 5A_488/2013). La nature de la convention conclue en procédure de divorce ou en mesures provisionnelles, respectivement protectrices n'est pas différente : il s'agit dans les deux cas de transactions judiciaires. Si le parallélisme peut séduire, il n'en reste pas moins deux différences notables. D'abord, celle de la procédure applicable ; le jugement de divorce est le fruit d'une procédure ordinaire, celle de mesures protectrices ou provisionnelles d'une procédure sommaire, aux moyens probatoires restreints et au degré de preuve limité à la vraisemblance. Ensuite, celle de la force de chose jugée dont est revêtue la décision de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles qui diffère de celle revêtue par un jugement de divorce. Ainsi, un prononcé provisionnel peut-il être modifié en cas d'évolution des circonstances et le juge du fond n'est pas lié par le prononcé provisoire.

Ne devrait-on pas dès lors distinguer la convention conclue en mesures protectrices ou provisionnelles de celle conclue en divorce, considérant pour la première que tout changement notable et durable des circonstances, quelles qu'elles soient, doit mener au moins à un réexamen de la situation effective ; cette option n'ouvrirait pas la porte à tout changement d'humeur de l'une ou l'autre des parties qui voudrait remettre en cause l'arrangement conclu puisque les causes de ce changement et l'examen de la situation, notamment sous l'angle du revenu hypothétique, permettraient d'exclure les cas d'abus. Une telle option correspondrait mieux à la nécessité de souplesse qui doit prévaloir à ce stade de la procédure et à son aspect provisoire. Sans remettre en cause le résultat final, n'aurait-il pas été plus acceptable et compréhensible pour le recourant de voir sa situation réexaminée

quitte à se voir comptabiliser un revenu hypothétique plutôt que de comprendre qu'il a, par des hypothèses qui ont permis la signature de la convention, scellé son sort pour toute la procédure.

On peut aussi s'interroger sur le résultat qui serait donné à un état de fait différent où les revenus effectifs du mari seraient supérieurs à ce que les parties avaient convenu. Si l'on peut comprendre que pour les obligations entre époux les mêmes règles s'appliquent qu'en serait-il pour les enfants dont les contributions seraient à l'évidence beaucoup trop basses ? La différence entre les maximales applicables serait-elle ainsi réduite à néant ? Qu'en serait-il aussi si le débiteur d'entretien ne couvrirait plus son minimum vital au terme d'une baisse de ses revenus ? Refuserait-on sans autre l'examen d'une modification, au risque de fouler aux pieds la garantie du minimum vital du débiteur d'entretien ou oserait-on tout de même un examen de la situation sous l'angle à tout le moins du revenu hypothétique ?

A ce stade, l'arrêt du Tribunal fédéral pose plus de questions qu'il n'en résout... Peut-être serait-il nécessaire d'attendre une précision de la jurisprudence sur ces questions, afin d'appréhender de manière plus sereine les conventions matrimoniales dans les procédures sommaires.