

Proposition de citation :

François Bohnet, Appel, mesures protectrices à
titre superprovisionnel et effet suspensif
(TF 5A_478/2011), Newsletter
DroitMatrimonial.ch novembre 2011

Appel, mesures protectrices à titre superprovisionnel et effet suspensif

François Bohnet

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_478/2011 se penche sur le régime applicable à la garde et au droit de visite en cas d'appel assorti d'un effet suspensif contre le prononcé rendu par le premier juge, prononcé qui confirme les mesures superprovisionnelles accordées auparavant.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A l'occasion d'une procédure de mesures protectrices introduite par requête de l'épouse du 4 septembre 2009, celle-ci a requis le 11 juin 2010 le prononcé de mesures provisionnelles urgentes. Après détermination du père, le Président du Tribunal civil de la Sarine a notamment attribué à titre provisoire, par ordonnance d'urgence du 25 juin 2010, la garde sur les enfants à la mère jusqu'à droit connu sur la proposition de garde alternée formulée par le père.

Dans son prononcé sur requête de mesures protectrices, rendu un an plus tard, le 20 mai 2011, le Président du Tribunal civil de la Sarine a, entre autres, prévu que la garde sur les enfants s'exercerait conjointement et de manière alternée entre les parents.

L'épouse a formé appel au Tribunal cantonal fribourgeois contre ce prononcé, demandant que la garde lui soit attribuée et que les mesures provisionnelles rendues le 25 juin 2010 soient confirmées par mesures superprovisionnelles (requête d'effet suspensif). Le jour même, le 27 mai 2011, le Tribunal cantonal a suspendu à titre superprovisionnel le caractère exécutoire du prononcé de mesures protectrices, prononcé confirmé par arrêt du 17 juin 2011.

L'époux a interjeté le 12 juillet 2011 un recours en matière civile contre ce prononcé, concluant à son annulation et au rejet de la requête d'effet suspensif. Le tribunal Fédéral a rejeté le recours.

B. Le droit

L'arrêt attaqué étant incident (art. 72 al. 1 LTF), puisqu'il consiste à accorder l'effet suspensif à l'appel formé contre la décision de première instance, **l'ouverture à recours** en matière civile suppose que l'une des conditions alternatives de l'art. 93 al. 1 let. a ou b LTF soient remplies. Le Tribunal fédéral retient que tel est bien le cas en l'occurrence, puisque l'arrêt en question est susceptible de causer un *préjudice irréparable*. Selon la jurisprudence en effet, lorsque la garde est arrêtée pour la durée de la procédure alors même que le père obtiendrait finalement gain de cause au fond, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée (ATF 120 Ia 260 consid. 2b; TF 5A_718/2007 du 23 janvier 2008 consid. 1.2).

Il va de soi également que lorsque la Cour supérieure rend un prononcé provisoire, cette décision n'a pas à remplir les conditions de l'art. 75 al. 2 LTF pour faire l'objet d'un recours en matière civile (arrêt 5A_320/2011 du 8 août 2011 consid. 2.2 destiné à la publication).

Quant aux **moyens de recours**, ils se limitent à la *violation des droits constitutionnels*, l'octroi de l'effet suspensif, comme son retrait du reste (ATF 134 II 192 consid. 1.5; TF 4A_452/2008 du 6 novembre 2008 consid. 1; 5A_834/2010 du 17 décembre 2010 consid. 2), constituant une décision de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF.

Pour le recourant, les mesures d'urgence ordonnées le 25 juin 2010 sont caduques du fait du prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale le 20 mai 2011, qui les remplacent. Dès lors, à son avis, en suspendant l'exécution du jugement du 20 mai 2011, la cour cantonale a rétabli la situation antérieure au 25 juin 2010, c'est-à-dire qu'elle prive les parties de toute réglementation quant à l'exercice de la garde et du droit de visite sur leurs enfants.

Le Tribunal fédéral retient qu'il n'est pas arbitraire (cette question étant soumise à l'ancien droit de procédure cantonale) de considérer que l'ordonnance de mesures provisionnelles, rendue d'urgence mais qui n'a jamais été modifiée depuis son prononcé, puisse continuer à régir la garde et le droit de visite sur les enfants des parties en cas d'octroi de l'effet suspensif à l'appel interjeté par la mère. Il relève dans son argumentation que le recourant, entendu avant que les mesures d'urgence soient ordonnées, n'invoque pas qu'il aurait sollicité du juge qu'il les infirme par une ordonnance ordinaire de mesures provisionnelles.

Le Tribunal fédéral considère avec la doctrine que les mesures protectrices de l'union conjugale, comme les mesures provisionnelles rendues dans une procédure de divorce *constituent des mesures provisionnelles* au sens de l'art. 315 al. 4 let. b et 5 CPC, si bien que l'appel formé contre un tel prononcé est privé de l'effet suspensif. A teneur de l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. A cet égard, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, mais elle doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des *cas exceptionnels*.

En l'espèce, **la décision cantonale** de maintenir, à titre provisoire, le régime prévalant depuis plus d'un an en ce qui concerne la garde et le droit de visite sur les enfants **n'est pas insoutenable** selon le Tribunal fédéral :

- D'une part, on ne saurait conclure sans autre au défaut de chances de succès de l'appel, l'application de la jurisprudence européenne retenue par le premier juge et admettant une garde partagée contre l'avis d'un conjoint n'ayant à ce jour pas été admise dans le cas de l'art. 133 CC (cf. arrêts 5A_420/2010 du 11 août 2011 consid. 3.3 et 5A_72/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2).
- D'autre part, dans la mesure où le recourant invoque que l'intimée est la cause du défaut de collaboration entre les parties et que le régime actuel arrêté dans l'urgence ne peut pas être privilégié par rapport à une décision rendue en tenant compte de faits nouveaux et après mûres réflexions, il se contente d'opposer sa propre pesée des intérêts en présence.

III. Analyse

La nature des mesures superprovisionnelles est sujet à débats. Ces mesures sont rendues en cas d'urgence particulière, en principe sans audition préalable de la partie adverse, afin de sauvegarder des droits ou pour régler rapidement les relations entre les parties. Par définition, les mesures superprovisionnelles sont destinées à être remplacées par des mesures provisionnelles, elles-mêmes prenant fin en principe au prononcé sur le fond, sur le modèle des poupées russes. Les mesures protectrices sont soumises à un régime particulier à cet égard. Elles existent pour elles-mêmes, sans être rattachées à une procédure dans laquelle elles devraient s'inscrire ou qui devrait les valider. Un couple peut demeurer des années durant sous un régime de mesures protectrices. Dans ce contexte, on comprend que la procédure de mesures protectrices peut parfois prendre dans les faits l'allure d'une procédure au fond, dans laquelle s'inscrivent des mesures, en l'occurrence, par définition, superprovisionnelles. Il est vrai aussi que souvent le régime des mesures protectrices fixe en partie le sort, en matière d'enfants et de pensions, de la procédure de divorce à venir.

Ainsi, il n'est pas rare que le juge statue dans un premier temps à titre superprovisoire sur certaines conclusions de la requête de mesures protectrices, puis qu'il confirme, infirme ou modifie son prononcé, et le complète sur d'autres points. On doit admettre la nature superprovisionnelle d'un prononcé même si la partie adverse a pu se déterminer, lorsque le juge ne peut tenir compte que d'une partie des preuves qu'il entend administrer dans le cadre de la procédure sommaire.

A notre sens, il est juste de retenir que le prononcé par lequel le juge modifie ou infirme une première décision superprovisoire peut être suspendu au profit de cette première décision par l'octroi de mesures (super)provisionnelles au stade de l'appel ou du recours. Certes, la seconde décision remplace la première, mais le juge d'appel peut, à titre tant superprovisionnel que provisionnel, ordonner un régime identique à celui du premier prononcé, ce qui revient à accorder « l'effet suspensif » à l'appel, la décision modifiant le prononcé superprovisionnel étant suspendue.

La possibilité de suspendre le prononcé modifiant les mesures superprovisionnelles ne dépend pas selon nous de la question de savoir si la partie adverse a été entendue ou non, ou si le prononcé a été exécuté de nombreux mois avant d'être modifié. En revanche, ces éléments peuvent faire pencher la balance au moment de déterminer s'il se justifie ou non de suspendre ladite décision. A cet égard, on peut se demander si l'octroi d'une garde partagée était bel et bien en l'espèce susceptible de causer un préjudice difficilement réparable à la mère et s'il se justifiait dès lors de faire usage de cette mesure, réservée à des cas exceptionnels selon l'art. 315 al. 5 CPC. Pour le Tribunal fédéral, la position retenue par le Tribunal cantonal fribourgeois n'est pas insoutenable. Sans doute. Mais fallait-il considérer que le recours de l'époux était dépourvu de toutes chances de succès ?