

LES MESURES PROVISIONNELLES
EN PROCEDURES CIVILE, PENALE ET
ADMINISTRATIVE

LES MESURES PROVISIONNELLES EN
PROCEDURES CIVILE, PENALE ET
ADMINISTRATIVE

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3731-4

© 2015 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

La journée 2015 est consacrée aux mesures provisionnelles en matière civile, pénale et administrative. La science juridique n'est pas épargnée par la notion d'urgence, incompatible avec le temps judiciaire. Il est ainsi nécessaire de recourir à des mécanismes permettant de protéger les intérêts des justiciables en attendant que le juge dise le droit.

Nicolas Jeandin expose les règles qui régissent les mesures provisionnelles en matière civile, pour les procédures de première et de seconde instance. François Bohnet se penche sur 25 des innombrables questions qui se posent plus spécialement dans le domaine du droit matrimonial. Bien que la notion de mesures provisionnelles soit moins familière en droit pénal, Yvan Jeanneret expose les situations dans lesquelles, dans cette matière, une intervention judiciaire provisoire s'avère nécessaire. Finalement, Minh Son Nguyen expose les règles applicables à la procédure administrative, en particulier sous l'angle de la nécessaire protection des intérêts privés lorsque l'administration intervient en amont de toute décision.

Cet ouvrage contient ainsi un tour d'horizon très complet de la science des mesures provisionnelles, dont nous souhaitons qu'il soit utile aux praticiens du droit.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Mesdames Anouk Gillibert, Stella Sager et Sylvia Staehli pour l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

Nicolas Jeandin Professeur à l'Université de Genève, avocat Mesures provisionnelles en matière civile : première et seconde instance	1
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce : vingt-cinq questions de procédure	47
Yvan Jeanneret Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève, avocat Les mesures provisoires en procédure pénale	79
Minh Son Nguyen Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Lausanne, avocat Les mesures provisionnelles en matière administrative	119

Abréviations

ACJC	Arrêt de la Cour de justice, chambre civile (Genève)
AI	Assurance-invalidité
AIG	Aéroport International de Genève
al.	alinéa(s)
aLfors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (abrogée)
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGE	= ATF
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDAP VD	Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois
CDP	Cour de droit public
CDPJ	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RSV 211.02)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée le 28 novembre 1974 (RS 0.101)

Abréviations

cf.	comparer (conferre)
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CFMJ	Commission fédérale des maisons de jeu
ch.	chiffre(s)
CHF	franc suisse
chap.	chapitre
CL	Convention [de Lugano] concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 ratifiée le 11 décembre 2009 (RS 0.275.12)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
Comp.	comparer
consid.	considérant(s)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPJA-FR	Code fribourgeois de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (RSF 150.1)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPra	Commentaire pratique
CR [loi]	Commentaire romand (voir bibliographie)
CR	Computer und Recht

Abréviations

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
HES	Haute école spécialisée
in	dans
infra	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des tribunaux
kg	kilogramme
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (RS 5210.10)
LACPC	Loi (valaisanne) d'application du code de procédure civile suisse du 11 février 2009 (RSVS 270.1)
LAsi	Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31)
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700)
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (RS 232.14)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)

Abréviations

LCAT	Loi cantonale neuchâteloise sur l'aménagement du territoire du 2 octobre 1991 (RSN 701.0)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LConstr-NE	Loi neuchâteloise sur les constructions du 25 mars 1996 (RSN 720.0)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDAI	Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 9 octobre 1992 (RS 817.90)
LDdes	Loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001 (RS 232.12)
let.	Lettre
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LF	Loi fédérale
LFors	= aLFors
LiCPC	Loi (jurassienne) d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (RSJ 271.1)
LiCPM	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009 (RSB 271.1)
LILSEE	Loi d'introduction de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 12 novembre 1996 (RSN 132.02)
lit.	littera

Abréviations

LJ	Loi (fribourgeoise) sur la justice du 31 mai 2010 (RSF 130.01)
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1)
LOJ-GE	Loi sur l'organisation judiciaire (genevoise) du 26 septembre 2010 (RSG E 2 05)
LOJ-JU	Loi d'organisation judiciaire (jurassienne) du 23 février 2000 (RSJ 181.1)
LOJ-VS	Loi sur l'organisation de la justice (valaisanne) du 11 février 2009 (RSVS 173.01)
LOJM	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009 (RSB 161.1)
LOJV	Loi d'organisation judiciaire (vaudoise) du 12 décembre 1979 (RSV 173.01)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA-GE	Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 5 10)
LPA-VD	Loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (RSV 173.36)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)

Abréviations

LPJA	Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (RSN 152.130)
LPJA-BE	Loi bernoise sur la procédure et la juridiction administratives du 23 mai 1989 (RSB 155.21)
LPJA-VS	Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (RSVS 172.6)
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (RS 232.11)
LPOV	Loi fédérale sur la protection des obtentions végétales du 20 mars 1975 (RS 232.16)
LRCN	Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 (RS 732.44)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32)
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
OCCR	Ordonnance sur le contrôle de la circulation routière du 28 mars 2007 (RS 741.013)
OFEN	Office fédéral de l'énergie
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RO 60 269)
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010 (RSN 161.1)
OLalc	Ordonnance sur l'alcool du 12 mai 1999 (RS 680.11)

Abréviations

OPAir	Ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 (RS 814.318.142.1)
ORF	Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1)
ORPL	Ordonnance relative à une redevance sur le trafic des poids lourds du 6 mars 2000 (RS 641.811)
p. / pp.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1968 relatifs aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
par.	paragraphe(s)
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale
par ex. / p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)
PPMin	Loi fédérale sur la procédure applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (RS 312.1)
RC	registre du commerce
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral

Abréviations

RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJ	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSVS	Recueil systématique des lois valaisannes
SA	Société anonyme
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
StPO	= CPP
supra	ci-dessus
TA	Tribunal d'arrondissement ou tribunal administratif
TA-NE	Tribunal administratif neuchâtelois
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TC-GE	Tribunal cantonal genevois
TC-NE	Tribunal cantonal neuchâtelois
TF	Tribunal fédéral

Abréviations

TFA	Tribunal fédéral des assurances
TPF	Tribunal pénal fédéral
vol.	volume
VOSTRA	Ordonnance sur le casier judiciaire du 29 septembre 2006 (RS 331)
VwVG	= PA / LPA
ZPO	= CPC
ZH	zurichois
ZK	Zürcher Kommentar

Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce : vingt-cinq questions de procédure

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction	49
II. Mesures protectrices et mesures provisionnelles	49
1. Quel est le juge compétent en cas de domicile prêtant à discussion ?.....	49
2. En cas de requête en modification de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles, le même juge doit-il être saisi ?	50
3. Les mesures protectrices et provisionnelles sont-elles toujours rendues par un juge unique en première instance ?.....	51
4. Quelles sont les exigences de forme de la requête en justice ?	52
5. Dans quelle forme le défendeur peut-il répondre ?	53
6. Les parties peuvent-elles déposer des prises de position postérieurement à la réponse ?	55
7. Qui peut représenter les parties en mesures protectrices et provisionnelles ? ...	55
8. Le juge doit-il citer une audience avant de se prononcer ?.....	56
9. Les parties doivent-elles comparaître personnellement ?	56
10. Des audiences successives sont-elles envisageables ?	57
11. Quel est le régime d'allégation des faits et de proposition des preuves ?.....	57
12. Jusqu'à quand les parties peuvent-elles compléter les faits, les moyens de preuve et leurs conclusions ?	60
13. Quelles preuves peuvent-elles être apportées ?	62
14. Quel est le degré de preuve requis ?	63
15. Le juge peut-il aller au-delà des conclusions des parties ?	63

16. Des prononcés partiels ou intermédiaires peuvent-ils intervenir ?	64
17. Des mesures superprovisionnelles sont-elles possibles ?.....	65
18. Quelle est la forme du prononcé ?.....	67
19. A quelles conditions les mesures protectrices et provisoires peuvent-elles être modifiées ?	67
20. Quel est le champ respectif des mesures protectrices et des mesures provisionnelles ?	69
III. Voies de recours	70
21. Quelles voies de droit sont-elles ouvertes en matière de mesures protectrices et provisionnelles ?.....	70
22. Un appel joint est-il possible en matière de mesures protectrices ou provisionnelles ?	71
23. L'appel doit-il être motivé et chiffré ?	72
24. Des faits ou moyens de preuve nouveaux peuvent-ils être avancés en appel ?	72
25. Un effet suspensif peut-il être accordé à un appel formé contre des mesures protectrices ou provisionnelles ?.....	74
IV. Conclusion.....	76
V. Bibliographie.....	77

I. Introduction

1. En cas de difficultés conjugales, l'appel au juge est souvent inéluctable lorsque le couple ne parvient pas à organiser la vie séparée. Le juge doit intervenir rapidement pour fixer ce nouveau cadre de vie. La protection provisoire a une portée essentielle en matière matrimoniale, tant pour l'attribution du domicile conjugal, que l'organisation de la prise en charge des enfants ou pour la fixation des contributions d'entretien par exemple. Le provisoire est souvent fait pour durer, le régime de séparation préfigurant le divorce. Et lorsqu'il ne dure pas, c'est le plus souvent parce qu'il fait place à un autre régime provisoire, au gré des évolutions économique, affective et psychologique des conjoints et de leurs enfants, mais aussi des voies de droit auxquelles ils ont recours.
2. La présente contribution propose, sans prétendre à l'exhaustivité, un panorama des diverses questions procédurales que soulève la protection provisoire en matière matrimoniale. La procédure applicable aux mesures protectrices et aux mesures provisionnelles dans le cadre du divorce ainsi que les voies de droit contre ces prononcés vont ainsi retenir notre attention¹.

II. Mesures protectrices et mesures provisionnelles²

1. *Quel est le juge compétent en cas de domicile prêtant à discussion ?*

3. Il existe un for *impératif alternatif* au domicile (art. 23 CC et 10-11 CPC) de l'une des parties (art. 23 al. 1 CPC) pour la requête de mesures

¹ La procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas abordée dans notre contribution. ANDREA BRACONI vient d'y consacrer des développements très complets dans un article paru à la SJ 2015 II 79 et intitulé « Jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière matrimoniale : aspects de procédure ».

² L'auteur renvoie, pour un traitement systématique par ordre des dispositions légales pertinentes, au commentaire pratique du droit matrimonial qui paraît en même temps que ces lignes (CPra Matrimonial-BOHNET, art. 271 ss CPC, en particulier art. 272, 273 et 276 CPC).

protectrices de l'union conjugale, les requêtes de mesures provisionnelles et leurs modifications respectives.

4. Si les deux époux, domiciliés séparément, ont requis des mesures protectrices, la compétence appartient au juge saisi en premier lieu (art. 64 al. 1 CPC).
5. D'après la jurisprudence, pour *savoir quel est le domicile* d'une personne, il faut tenir compte de « l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalise un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays »³. Le TF insiste sur les *circonstances objectives*, soulignant que ce sont elles et non la volonté interne de l'intéressé qui sont décisives, car elles sont reconnaissables pour les tiers⁴.
6. Si les domiciles des époux ne peuvent être déterminés avec exactitude, le lieu du logement familial est présumé constituer le domicile des deux époux. L'époux qui estime avoir fondé un domicile indépendant doit manifester clairement cette volonté⁵.

2. En cas de requête en modification de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles, le même juge doit-il être saisi ?

7. Se pose la question du juge compétent en cas de requête en modification de mesures protectrices ou provisionnelles. Comme le retient la doctrine, la compétence se détermine selon l'art. 23 CPC, à savoir en fonction du domicile *actuel* de l'une des parties. Le changement de domicile entre le premier prononcé et l'introduction de la nouvelle procédure doit ainsi être pris en considération⁶. Si les

³ ATF 125 III 100 et les références.

⁴ ATF 119 II 64 ; 119 II 167 ; 120 III 7 ; TF 5A_432/2009 du 23 décembre 2009, consid. 5.2.1 ; 5A_659/2011 du 30 mars 2012.

⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 347.

⁶ Comp. BSK ZPO-SIEHR, art. 23 N 15 et 17 ; DONZALLAZ, Commentaire LFors art. 15 N 9 (l'art. 23 CPC reprend, sur ce point, l'art. 15 al. 1 lit. d aLFors, cf. Message CPC, FF 2006, p. 6681).

deux parties sont domiciliées dans des arrondissements judiciaires différents, la requête en modification des mesures protectrices n'a pas nécessairement à être déposée devant le juge qui s'est prononcé auparavant. Il en va de même pour la demande en divorce, qui n'a pas à être déposée dans le même arrondissement que la requête en mesures protectrices de l'union conjugale.

3. Les mesures protectrices et provisionnelles sont-elles toujours rendues par un juge unique en première instance ?

8. La compétence matérielle est déterminée par le *droit cantonal*. En Suisse romande, la compétence relève partout d'un juge unique :
- A Neuchâtel, est compétent le Tribunal civil du tribunal d'instance siégeant à juge unique (deux tribunaux régionaux ; art. 15 al. 1, 16 al. 1 et 98a OJN).
 - Dans le canton du Jura, la compétence est dévolue au juge civil du Tribunal de première instance (art. 32 let. a LOJ-JU et 6 al. 1 LICPC).
 - A Berne, sont compétents les tribunaux régionaux (au nombre de quatre), siégeant à juge unique (art. 80, 81 al. 1 et 4 LOJM et 8 LICPM).
 - Dans le canton de Vaud, sont compétents les Présidents des tribunaux d'arrondissement (quatre arrondissements ; art. 87 al. 1, 96e LOJV et 6 al. 1 ch. 11 et 43 al. 1 let. e CDPJ).
 - Dans le canton de Fribourg, sont compétents les Présidents des tribunaux d'arrondissement (sept arrondissements ; art. 32 al. 2 et 3 et 51 al. 1 let. b et 3 LJ).
 - A Genève, la compétence revient aux juges du Tribunal de première instance (art. 85 et 86 al. 1 LOJ-GE).
 - En Valais, la compétence relève des Présidents des neuf tribunaux de district (art. 10 al. 1 LOJ-VS, art. 4 al. 1 LACPC).
9. En revanche, le divorce est parfois prononcé par un tribunal collégial. C'est le cas à Fribourg, lorsqu'il ne s'agit pas d'un divorce sur requête commune avec accord complet (il s'agit alors du tribunal civil ; art. 50 al. 2 et 51 al. 3 *a contrario* LJ). Il en va de même dans le

canton de Vaud, (il s'agit alors du tribunal d'arrondissement ; art. 87 al. 1 LOJV et 7 al. 1 ch. 5 CDPJ).

4. Quelles sont les exigences de forme de la requête en justice ?

10. La procédure *sommaire* (art. 248 let. a et 271 CPC) s'applique en matière de mesures protectrices. La procédure de mesures protectrices est introduite par une *requête en justice* (art. 252 CPC). Celle-ci n'est *pas précédée* d'une tentative de *conciliation séparée* devant une autorité de conciliation (art. 198 let. a CPC). La conciliation sera tentée par le juge saisi de la cause (art. 273 al. 3 CPC). Si le cas est simple ou urgent, la requête peut également être déposée oralement. Cela suppose qu'elle puisse être consignée au procès-verbal sans travail démesuré (art. 252 al. 2 CPC).
11. Faute d'indication contraire dans le Code, la *forme* est *simple*. On ne peut pas retenir que la forme de la demande (art. 221 CPC) s'applique à la procédure sommaire. En effet, le Code parle dans ce cas de requête et non de demande, si bien que l'on doit considérer que le renvoi général de l'article 219 CPC n'a pas de portée à cet égard.
12. Une *lettre, signée* (art. 130 al. 1 CPC), qui présente simplement l'objet du litige et les conclusions du requérant est donc suffisante. Il n'est pas nécessaire de présenter les allégués par numéros d'ordre avec indication des moyens de preuve, même si tel sera souvent le cas lorsque le requérant est représenté par un mandataire professionnel. Une *motivation juridique* est possible, mais n'est en aucun cas exigée (art. 221 al. 3 CPC par renvoi de l'art. 219 CPC).
13. Un *formulaire* est à disposition sur le site du Département fédéral de justice et police. Il n'exige rien de particulier en matière de forme des allégués et des preuves, ce qui confirme l'opinion émise au paragraphe précédent. On trouve aussi un formulaire sur divers sites cantonaux (accessibles depuis le site tribunauxcivils.ch), par exemple sur le site vaudois.
14. Aux termes du Message CPC, p. 6957, le requérant doit joindre à sa requête *tout document utile* conformément à l'art. 221 al. 2 CPC, qui s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC. Le renvoi ne nous paraît pas évident

puisque la procédure sommaire se distingue en particulier de la procédure ordinaire par une renonciation à tout formalisme. A notre avis, les parties peuvent déposer des documents à l'audience, puisque sauf exception, il doit en être tenu une en mesures protectrices et provisionnelles (N 24).

5. Dans quelle forme le défendeur peut-il répondre ?

15. A réception de la requête, s'il ne considère pas celle-ci manifestement irrecevable ou infondée, le juge donne l'occasion au défendeur de *répondre*, soit par écrit (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit par oral (art. 253 CPC). Dans cette seconde hypothèse, le défendeur prend donc position à l'audience. Cette prise de position est transcrite dans sa substance au procès-verbal (art. 235 al. 1 let. d et al. 2 CPC).
16. A notre avis, le défendeur a le droit de se prononcer *par écrit* même s'il n'est pas invité à le faire⁷. Il en va de l'égalité des armes (art. 6 § 1 CEDH ; 29 al. 1 Cst.), le demandeur faisant en principe valoir ses arguments dans une requête écrite. Le défendeur devrait pouvoir déposer sa réponse jusqu'à l'audience, s'il en est tenu une, ce alors même qu'un délai pour ce faire lui aurait été fixé préalablement⁸. Contrairement à la pratique de certains juges, il n'est pas admissible de renvoyer à son expéditeur une prise de position écrite spontanée du défendeur. Celle-ci permet du reste de mieux saisir sa position et facilite le plus souvent le déroulement des débats.
17. Dans un arrêt non publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a retenu que « l'avis isolé selon lequel le juge doit accepter toute écriture des parties présentée même lors de l'audience ne peut être suivi. Il va à l'encontre de la grande liberté de manœuvre que le législateur a entendu donner au juge dans la procédure sommaire en vue de réaliser la souplesse et la rapidité qui caractérisent celle-ci. Il va également à l'encontre de la jurisprudence, rejoignant sur ce point

⁷ CPC-TAPPY, art. 273 N 20. Comp. ATF 138 III 366, RSPC 2012 315, en matière de conciliation en procédure de divorce.

⁸ CPC-BOHNET, art. 253 N 2.

la doctrine majoritaire, qui reconnaît au juge, et non aux parties, un pouvoir d'appréciation dans la manière de diriger la procédure »⁹. Dans l'avis en question¹⁰, il n'était cependant pas question de « toute écriture », mais de la réponse du défendeur à la requête du demandeur, dont le Tribunal fédéral admet le dépôt spontané avant l'audience de conciliation en matière de divorce¹¹. Or ne pas accepter de texte écrit et contraindre le défendeur à exposer oralement sa position à l'audience, pour voir celle-ci transcrite, en substance seulement (art. 235 al. 2 CPC), au procès-verbal, ne respecte pas à notre sens le droit à un procès équitable.

18. En particulier, en matière de mesures protectrices, la partie demanderesse pourrait ainsi déposer une *requête très développée*, avec des calculs détaillés pour la fixation des pensions et une argumentation solide en matière de garde, alors que la partie défenderesse ne serait pas autorisée à prendre position par écrit et se verrait contrainte d'exposer oralement sa position à l'audience. Cette problématique n'est en réalité pas abordée par la doctrine citée par le Tribunal fédéral. Elle se contente en effet d'indiquer que le juge organise la procédure sommaire, sans cependant prendre expressément position sur le droit du défendeur de se prononcer spontanément par écrit¹².
19. Le CPC admet la *demande reconventionnelle* dans tous les domaines régis par la procédure sommaire. A vrai dire, la problématique se pose dans des termes particuliers en matière de mesures protectrices et provisionnelles puisqu'il s'agit d'une *actio duplex* : il n'y a pas demande reconventionnelle si le défendeur peut prendre des

⁹ TF 5A_403/2014 du 19 août 2014, consid. 4.2.1, RSPC 2014 543, avec note critique de FRIDOLIN WALTHER.

¹⁰ CPC-BOHNET, art. 253 N 2.

¹¹ ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, qui retient que le défendeur « *nicht verwehrt sein, vor der Einigungsverhandlung durch eine schriftliche Eingabe von sich aus zur Klage Stellung zu nehmen, eigene Unterlagen einzureichen und Anträge zu stellen. Das Gericht muss eine solche Eingabe in der Einigungsverhandlung berücksichtigen (...)* ».

¹² Relevons cependant que ZK ZPO-CHEVALIER, art. 253 N 1, retient tout de même que « *Der Gesuchsgegner muss grundsätzlich die Gelegenheit erhalten, in derselben Form wie das Gesuch eingegangen ist, zum Gesuch Stellung zu nehmen* ».

conclusions autres qu'en rejet sur les points soulevés par le demandeur¹³. C'est en particulier le cas en matière d'attribution du domicile conjugal et de prise en charge des enfants.

6. *Les parties peuvent-elles déposer des prises de position postérieurement à la réponse ?*

20. En cas de réponse écrite, le demandeur peut requérir un deuxième échange, cependant exceptionnel en procédure sommaire¹⁴, et, lorsqu'il est refusé, faire usage de son *droit de réplique inconditionnel*¹⁵. Comme le retient le Tribunal fédéral dans une cause d'appel contre un prononcé rendu en procédure sommaire, « à supposer qu'elle ait éprouvé le besoin de s'exprimer encore après avoir reçu la réponse de sa partie adverse, il lui était possible de le faire en envoyant immédiatement et spontanément ses observations, selon une jurisprudence bien connue »¹⁶. Le Tribunal fédéral cite à cette occasion un auteur qui pose le principe en procédure sommaire¹⁷. Le même principe vaut pour le défendeur.

7. *Qui peut représenter les parties en mesures protectrices et provisionnelles ?*

21. L'art. 68 al. 1 CPC, *a contrario*, permet à toute partie, quelle que soit la procédure, d'être représentée par un mandataire intervenant à titre *non professionnel*. On pense avant tout à un proche.
22. La représentation est soumise aux restrictions de l'art. 68 al. 2 CPC dès l'instant où elle est de nature professionnelle. Il suffit, pour retenir le caractère professionnel, que la personne du représentant soit prête à intervenir dans un nombre non limité de cas, que cela soit à titre onéreux ou non. Ainsi, la représentation en droit de la

¹³ Comp. CPC-BOHNET, Intro art. 84-90 N 20 ss ; CPC-TAPPY, art. 292 N 34.

¹⁴ ATF 138 III 252, consid. 2.2, RSPC 2012 322 ; TF 5A_403/2014 du 19 août 2014, consid. 4.1, RSPC 2014 543.

¹⁵ ATF 133 I 98, consid. 2.2 ; 130 II 42, consid. 3.3.3 et 3.3.4.

¹⁶ ATF 138 III 252, consid. 2.2, RSPC 2012 322 ; BOHNET, Le droit de réplique, N 61.

¹⁷ KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, art. 253 N 7. Voir aussi OFK ZPO-LAZOPOULOS/ LEIMGRUBER, art. 253 N 4.

famille sous forme de hobby, pour la défense de la cause des pères, intervient à titre professionnel et n'est donc pas libre¹⁸.

23. A côté des avocats inscrits dans un registre cantonal (art. 68 al. 2 let. a CPC), il pourrait éventuellement s'agir des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés, qui peuvent intervenir dans les affaires soumises à la procédure sommaire, mais à la condition que le droit cantonal le prévoie (art. 68 al. 2 let. b CPC).

8. Le juge doit-il citer une audience avant de se prononcer ?

24. Alors que le Code donne en principe le choix au juge de citer ou non une *audience* en procédure sommaire (art. 256 al. 1 CPC), il *l'impose* en *mesures protectrices*, à moins qu'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté (art. 273 al. 1 CPC). Tel pourrait être le cas lorsque les époux demandent la ratification d'une convention de séparation ou lorsqu'il s'agit de modifier un point spécifique d'un régime déjà en vigueur.
25. Il en va de même en procédure de *mesures provisionnelles*, par renvoi de l'art. 276 CPC.
26. L'audience est tenue à *huis clos* (art. 54 al. 4 CPC).

9. Les parties doivent-elles comparaître personnellement ?

27. L'art. 273 al. 2 CPC, applicable aux mesures provisionnelles par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, prévoit que les parties *comparaissent personnellement* à l'audience, en particulier en vue de leur audition. Le devoir du juge de tenter de concilier et de réconcilier les parties en mesures protectrices (art. 172 al. 2 CC), et plus globalement l'appréciation de la situation en vue du prononcé de mesures protectrices ou provisionnelles, *exige l'audition* des parties¹⁹. L'art. 297 al. 1 CPC impose l'audition des parents lorsque le juge doit statuer sur le ***sort des enfants***.

¹⁸ ATF 140 III 555, résumé et commenté in newsletter droitmatrimonial.ch janvier 2015.

¹⁹ TF 5P.186/2001 du 24 juillet 2001, consid. 3b.

28. Il ne peut être renoncé à la comparution personnelle qu'en raison de l'état de santé, de l'âge ou d'un autre juste motif (art. 273 al. 2 CPC), par exemple en cas de séparation suite à des violences graves.

10. Des audiences successives sont-elles envisageables ?

29. Si « la procédure sommaire applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale implique ainsi normalement une seule audience, à l'issue de laquelle, après le cas échéant des mesures d'instruction immédiatement administrées, les parties plaident et le tribunal statue immédiatement »²⁰, le juge peut cependant citer *plusieurs audiences* successives en mesures protectrices ou provisionnelles, lorsqu'elles sont nécessaires pour clarifier l'état de fait ou parvenir à un accord entre les parties. Le texte de l'art. 273 al. 1 CPC qui parle d'« une audience » ne l'exclut évidemment pas.
30. On peut ainsi envisager une première audience lors de laquelle le juge tente essentiellement de concilier les parties (art. 273 al. 3 CPC) et de régler certains points urgents, une audience intervenant ultérieurement sur les points encore ouverts, par exemple après l'audition des enfants par le juge ou la remise d'une enquête sociale²¹. Il faut cependant garder en mémoire que la procédure est sommaire et doit permettre le prononcé rapide de mesures, ce qui est d'ailleurs dans l'intérêt des parties.

11. Quel est le régime d'allégation des faits et de proposition des preuves ?

31. Aux termes de l'art. 272 CPC, le juge établit (*feststellt*) les faits d'office en procédure de mesures protectrices. La doctrine²² et la

²⁰ TF 5A_272/2015 du 7 juillet 2015, consid. 2.2.2.

²¹ TF 5A_272/2015 du 7 juillet 2015, consid. 2.2.2, et les réf. : « il peut arriver que l'audience doive être ajournée, par exemple pour permettre la convocation et l'audition de témoins voire, selon les circonstances, la mise en oeuvre d'une expertise sur la situation de l'enfant ou les capacités parentales des parties ».

²² Par exemple : BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; FOUNTOLAKIS, p. 277 ; BSK ZPO-SIEHR/BÄHLER, art. 272 N 1 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 272 N 3 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VONTOBEL, art. 272 N 12.

jurisprudence²³ considèrent qu'il s'agit là d'une *maxime inquisitoire sociale*. En matière de mesures protectrices, elle a pour but de protéger la partie faible, soit celui des époux qui dispose de moins de ressources économiques²⁴.

32. La même maxime inquisitoire sociale vaut en *mesures provisionnelles* en vertu du renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux règles de procédure instituées pour les mesures protectrices. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de trancher²⁵. La doctrine majoritaire va dans ce sens²⁶.
33. En vertu de la maxime inquisitoire sociale, le juge doit *interpeller les parties*, leur signaler qu'elles doivent coopérer à la constatation des faits ainsi qu'à l'administration des preuves et *s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuves sont complètes* si des doutes sérieux existent sur ce point²⁷. Les parties ne peuvent pas se contenter d'une attitude passive pour ensuite reprocher au juge des lacunes éventuelles²⁸. S'il n'en a pas l'obligation, le juge est en droit d'ordonner toute preuve d'office²⁹. En toute hypothèse, le juge peut et doit fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions³⁰.

²³ TF 5A_608/2014 du 16 février 2014, consid. 4.2.1 ; 5A_2/2013 du 6 mars 2013, consid 4.2.

²⁴ BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 272 N 3 ; FOUNTOLAKIS, p. 277.

²⁵ TF 5A_2/2013 du 6 mars 2013, consid. 4.2.

²⁶ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 276 CPC N 31 ; DIKE ZPO-DOLGE, art. 276 N 14 ; FOUNTOLAKIS, p. 281 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VONTOBEL, art. 276 N 42 ; CPC-TAPPY, art. 276 N 11 ; *contra* : BK ZPO II-SPYCHER, art. 276 N 12.

²⁷ TF 5A_608/2014 du 16 février 2014, consid. 4.2.1 ; 5A_2/2013 du 6 mars 2013, consid 4.2 ; arrêts de principe : ATF 107 II 233, consid. 2b en matière de droit du travail et 125 III 231, JdT 2000 I 194, consid. 4, en matière de droit du bail.

²⁸ ATF 128 III 411.

²⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 242 ss.

³⁰ Pour des développements, voir CPra Matrimonial-BOHNET, art. 272 CPC N 4 ss.

34. Les questions concernant les *enfants* sont en revanche régies par la *maxime inquisitoire illimitée*, en vertu de l'art. 296 al. 1 CPC³¹. Sur ces points, le juge doit rechercher (*erforschen*) les faits d'office³². La jurisprudence retient que le juge doit éclaircir les faits et prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Il instruit selon son appréciation, et peut administrer des moyens de preuve de façon inhabituelle³³. Même si elle est instaurée principalement en faveur de l'intérêt de l'enfant, la maxime inquisitoire illimitée doit également profiter au débirentier³⁴.
35. Le *principe de la bonne foi*³⁵ exige cependant que les parties *collaborent de manière active* à la procédure et étayent leurs propres thèses, même lorsque la maxime inquisitoire s'applique. Cela vaut d'autant plus lorsqu'une partie entend obtenir, en sa faveur, une modification du régime en place, en particulier en matière de contribution d'entretien³⁶.
36. Comme le juge doit *statuer rapidement* en mesures protectrices et provisionnelles, on ne saurait exiger de lui un genre de preuve spécifique comme l'expertise, à moins de règle légale contraire³⁷. De plus, il ne lui revient pas de recueillir d'office tous les éléments susceptibles d'influer sur la réglementation concernant les enfants³⁸.

³¹ TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 4.2, RSPC 2014 456.

³² Message CPC, FF 2006, p. 6973. Arrêt de principe : ATF 128 III 411, consid. 3.2.1. En matière de mesures protectrices : TF, 5A_69/2011 du 27 février 2012, consid. 2.3.

³³ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; voir aussi TF 5A_94/2010 du 27 mai 2010, consid. 2.2 ; FOUNTOLAKIS, p. 278.

³⁴ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1.

³⁵ TF 5C.14/2005 du 11 avril 2005, consid. 1.2.3 ; principe désormais inscrit à l'art. 52 CPC.

³⁶ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1, ; TF 5A_272/2015 du 7 juillet 2015, consid. 2.2.1

³⁷ TF 5A_972/2013 du 23 juin 2014, consid. 6.2.3 ; 5A_911/2012 du 14 février 2013, consid. 6.3.1.

³⁸ TF 5A_808/2012 du 29 août 2013, consid. 4.3.2, non reproduit à l'ATF 139 III 401.

37. Il va de soi que lorsque l'établissement d'un fait est nécessaire pour déterminer la contribution d'entretien due aux enfants, la maxime inquisitoire aura aussi un effet sur la fixation de la contribution du *conjoint*³⁹.
38. Il est fréquent que les tribunaux établissent des *formules types* et demandent spontanément le dépôt du certificat de famille, des fiches de salaires de l'année en cours et du certificat de salaire de l'année écoulée, du bail à loyer, de l'attestation des primes d'assurance maladie et de la dernière taxation fiscale.

12. *Jusqu'à quand les parties peuvent-elles compléter les faits, les moyens de preuve et leurs conclusions ?*

39. Selon l'art. 229 al. 3 CPC, lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des *faits et moyens de preuve nouveaux* jusqu'aux délibérations. Les parties peuvent donc compléter les faits et proposer des preuves jusqu'aux délibérations, compte tenu du fait que la maxime inquisitoire sociale s'applique en procédure de mesures protectrices (N 31) et provisionnelles (N 32). Les parties complèteront leurs faits ou les preuves soit par écrit en dehors de l'audience, soit oralement lors de celle-ci.
40. Les *conclusions* peuvent être modifiées en cas de connexité (art. 227 al. 1 let. a CPC) jusqu'aux délibérations également, si la modification repose sur des faits et moyens de preuve nouveaux (art. 230 al. 1 let. b CPC), ou lorsque la maxime d'office s'applique, puisqu'alors le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC). Les conclusions peuvent être restreintes en tout état de cause (art. 227 al. 3 et 230 al. 2 CPC), à savoir jusqu'à l'entrée en force du prononcé du tribunal⁴⁰.

³⁹ ATF 128 III 411, consid. 3.2.2 ; TF 5A_475/2011 du 12 décembre 2011, consid. 6.2.1.

⁴⁰ Voir TF 5A_138/2011 du 5 juin 2012 en matière de retrait de la demande en divorce ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 294 CPC N 21, et les réf.

41. Que faut-il entendre par *délibération* ? Elle correspond selon la jurisprudence à la clôture des débats⁴¹. Il en va de même pour les juridictions fonctionnant avec un juge unique : « la délibération correspondant en réalité au moment de la prise de décision, activité purement intellectuelle et qui ne s'extériorise d'aucune manière »⁴². Il faudra donc pour éviter toute difficulté à cet égard que le juge indique quand les débats sont clos. Ce sera généralement le cas à la fin des plaidoiries finales (art. 232 CPC). Une formule du type « un jugement sera prochainement rendu » ou « la cause est en état d'être jugée » (art. 236 al. 1 CPC) doit de bonne foi être interprétée comme une clôture des débats⁴³.
42. Il n'est pas rare que le juge autorise une partie à déposer encore des documents ultérieurement, ce qui permet à l'autre d'en faire de même en vertu de son droit de réplique inconditionnel (N 20), et ainsi de suite, la clôture devant intervenir à l'issue de cet échange. A défaut de clôture formelle, si les parties sont toujours dans l'attente d'un prononcé, elles pourraient à nouveau se prévaloir de faits non encore allégués ou véritablement nouveaux.
43. Relevons encore que lorsque le juge a clôturé les débats, les parties peuvent toujours lui soumettre des faits ou preuves nouveaux en lui suggérant de rouvrir les débats⁴⁴. Cela peut se justifier pour éviter un nouveau débat en appel, en particulier lorsque le juge a tardé à rendre son prononcé et que la situation a évolué depuis l'audience,

⁴¹ ATF 138 III 788, consid. 4.2 : « On en déduit que les délibérations commencent après la clôture des débats principaux (titre du chapitre 3), lesquels comprennent les différentes phases suivantes : les premières plaidoiries (art. 228 CPC), l'administration des preuves (art. 231 CPC) - pour autant qu'elles n'aient pas encore été intégralement administrées dans le cadre de débats d'instruction que le tribunal aurait d'ores et déjà pu ordonner en vertu de l'art. 226 CPC - et les plaidoiries finales (art. 232 CPC) » ; 140 III 231, consid. 3.5, sur la prise de conclusions subsidiaires en matière de pension pour le conjoint lorsque la garde des enfants en litigieuse.

⁴² TF 5A_445/2014 du 28 août 2014, consid. 2.1.

⁴³ Voir RSPC 2014 459, note de FRANÇOIS BOHNET.

⁴⁴ Comp. ATF 138 III 788, consid. 5.

ou lorsqu'un fait important survient même peu de temps après la clôture des débats.

13. *Quelles preuves peuvent-elles être apportées ?*

44. En procédure sommaire, la preuve est avant tout apportée par *titre(s)* au sens de l'art. 177 CPC. Les autres moyens de preuve énoncés à l'art. 168 CPC sont admis, selon l'art. 254 al. 2 let. c CPC, lorsque le tribunal établit les faits d'office. Tel est le cas en mesures protectrices de l'union conjugale et en mesures provisionnelles (maxime inquisitoire sociale, art. 272 CPC et renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, N 31 s. ; maxime inquisitoire pure pour les enfants, art. 296 al. 1 CPC, N 34)⁴⁵.
45. *L'audition des parties* (interrogatoire, art. 191 CPC, voire déposition, art. 192 CPC) est souvent centrale dans le domaine de la protection provisoire en matière matrimoniale, ainsi que d'éventuelles *expertises* concernant les enfants. Celles-ci peuvent se révéler indispensables parfois⁴⁶. Cependant, dans la mesure où la vraisemblance suffit en mesures protectrices et provisionnelles (N 46), qu'il faut statuer dans l'urgence (N 36) et que ces mesures peuvent être modifiées à certaines conditions (N 62 ss), l'administration des preuves peut être limitée et ainsi une expertise refusée sans violation du droit d'être entendu, si d'autres preuves sont à disposition du tribunal⁴⁷. Des *renseignements écrits* (art. 190 CPC) de services officiels (al. 1) ou de médecins (al. 2), par exemple, peuvent se révéler utiles. À notre sens, des *déclarations écrites de témoins*, ayant simple valeur de titres au sens de l'art. 177 CPC, peuvent être produites⁴⁸. On peut aussi envisager

⁴⁵ Voir dans ce sens : FOUNTOLAKIS, p. 276 ; CPC-TAPPY, art. 273 N 25 s. Pour des développements : CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 15 ss.

⁴⁶ ATF 122 III 404 : « s'il est allégué que les visites, notamment celles organisées sous une forme non surveillée chez le parent titulaire du droit aux relations personnelles, portent préjudice à l'enfant, il est en règle générale indispensable d'ordonner une expertise sur la question du droit de visite du parent qui n'a pas la garde parentale » ; TF 5A_742/2008 du 22 janvier 2009 : mère ancienne consommatrice de cocaïne, rapport médical.

⁴⁷ TF 5P.252/2005 du 4 août 2005, RSPC 2006, 74.

⁴⁸ Comp. TC NE, RJN 2001, 145.

que le tribunal accepte l'audition de *témoins amenés à l'audience* par les parties (art. 170 al. 2 CPC). En principe et sauf urgence, une requête en ce sens sera faite au juge avant l'audience.

14. *Quel est le degré de preuve requis ?*

46. Les mesures protectrices et provisionnelles étant instruites en procédure sommaire avec administration restreinte des preuves et limitation du degré de la preuve à la *simple vraisemblance*, il suffit que les faits soient rendus plausibles⁴⁹. Déterminer dans un cas d'espèce si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint relève de l'*appréciation des preuves*⁵⁰.

15. *Le juge peut-il aller au-delà des conclusions des parties ?*

47. En mesures protectrices et provisionnelles, la *maxime de disposition* (art. 58 al. 1 CPC) s'applique, hormis pour les mesures concernant les enfants mineurs, régies par la *maxime d'office* (art. 296 al. 3 CPC). La décision du juge sera dès lors limitée aux conclusions des parties, sauf en ce qui concerne le sort des enfants mineurs⁵¹.
48. En matière d'*entretien pour le conjoint*, le juge n'est pas autorisé à accorder plus que demandé, même lorsque le débirentier dispose de moyens disponibles en faveur du crédientier après prise en compte des contributions pour les enfants⁵². Comme en cas de revenus faibles ou moyens, la contribution pour le conjoint peut dépendre du montant retenu pour les enfants, l'intéressé doit prendre des *conclusions subsidiaires*, qui permettent d'envisager les différentes situations possibles. Ces conclusions peuvent, dans ce contexte,

⁴⁹ ATF 127 III 474, consid. 2b/bb, JdT 2001 I 452, et les références ; 133 III 393, consid. 5, JdT 2007 I 622. Confirmé sous l'empire du CPC, par exemple : TF 5A_272/2015 du 7 juillet 2015, consid. 2.2.1.

⁵⁰ ATF 130 III 321, consid. 5, JdT 2005 I 618 ; TF 5A_677/2009 du 9 février 2010, consid. 2.1.

⁵¹ Sur les incidences au stade de l'appel ou du recours, voir ATF 128 III 411 et TF 5A_361/2012 du 27 novembre 2012, RSPC 2012, 196.

⁵² TF 5A_704/2013 du 15 mai 2014, consid. 3.4, non reproduit à l'ATF 140 III 231, résumé in newsletter droitmatrimonial.ch été 2014.

porter sur des montants dépassant la conclusion principale. Ce n'est que si les parties prennent des conclusions concordantes sur la garde des enfants et que le juge veut s'en écarter d'office qu'il doit leur offrir la possibilité de se prononcer à nouveau sur les conclusions financières⁵³.

16. Des prononcés partiels ou intermédiaires peuvent-ils intervenir ?

49. Les mesures protectrices et provisionnelles portent sur différents points qui ne peuvent parfois pas tous être traités en même temps et qui ne requièrent pas nécessairement la même attention au même moment. Suivant les situations qui se présentent à lui, le juge peut le cas échéant être amené à se prononcer sur les diverses questions qu'il doit résoudre en *plusieurs décisions successives*.
50. Plusieurs situations peuvent se présenter. Le juge peut considérer par exemple qu'un point peut être d'emblée réglé, alors que d'autres doivent faire l'objet d'investigations particulières (*prononcé partiel*). Il peut aussi retenir qu'un prononcé s'impose à ce stade, mais qu'il pourrait être réexaminé une fois une administration des preuves plus complète intervenue (*prononcé intermédiaire*).
51. Il convient à cet égard de distinguer les mesures superprovisionnelles, rendues sans audition de l'autre partie (N 53 ss), d'un prononcé de mesures protectrices intermédiaires, rendu après que le droit d'être entendu des parties a été respecté, mais sur la base d'une administration des preuves très limitée, dans l'attente par exemple d'un rapport ou de pièces supplémentaires, le juge annonçant d'emblée une éventuelle modification des mesures au moment de son premier prononcé⁵⁴. A notre sens, un tel prononcé intermédiaire (qualifié parfois de « provisionnel »), fréquent en pratique, a tout son sens. Le Tribunal fédéral devrait l'admettre en matière matrimoniale⁵⁵ comme il l'a admis en matière de propriété intellectuelle.

⁵³ ATF 140 III 231, consid. 3.5.

⁵⁴ Comp. ATF 139 III 86, consid. 1.1.2, en matière de propriété intellectuelle.

⁵⁵ Le TF a laissé ouverte la question de telles « mesures provisionnelles » à l'occasion

52. Par exemple, la prise en charge de la garde peut être décidée à titre intermédiaire, dans l'attente d'un rapport de l'office de la protection des enfants⁵⁶.

17. Des mesures superprovisionnelles sont-elles possibles ?

53. Il convient tout d'abord de relever que les mesures protectrices, tout comme les mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce, ont la nature de mesures provisionnelles au sens du CPC et de la LTF⁵⁷.
54. A notre avis, par application de l'art. 265 CPC⁵⁸, le juge peut prendre des mesures « superprotectrices » ou superprovisionnelles avant d'accorder au défendeur son droit d'être entendu, puis citer les parties à son audience, alors même que l'état de fait n'est pas limpide⁵⁹. Il en va ainsi en cas d'*urgence particulière* ne permettant pas la tenue d'une audience⁶⁰.
55. On pourrait *par exemple* requérir, en cas de risque manifeste, de faire interdiction au défendeur, en vertu de l'art. 178 CC, d'aliéner, de grever ou de disposer de toute autre manière, sans l'accord du demandeur ou du juge, d'un certain bien-fonds, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP et de requérir immédiatement (le cas

d'une procédure de mesures protectrices, voir TF 5A_212/2012 du 15 août 2012, consid. 2.2.2, RSPC 2013 28 ; 5A_870/2013 du 28 octobre 2014, consid. 5, avec note de FRANÇOIS BOHNET.

⁵⁶ Comp. TF 5A_972/2013 du 23 juin 2014, consid. 1 ; 5A_694/2014 du 24 mars 2015, consid. 1.1.

⁵⁷ ATF 133 III 393, consid. 5 (LTF) ; 137 III 475, consid. 4.1 (CPC) ; 138 III 565, consid. 4.3.1 (CPC). Tel est également le cas des mesures provisionnelles rendues dans le cadre d'une procédure de modification d'un jugement de divorce, voir TF 5A_780/2012, consid. 3.3.1, RSPC 2013 145.

⁵⁸ Tappy, Procédures en droit matrimonial, p. 249 s. ; comp. TF 5A_478/2011 du 30 septembre 2011, consid. 3.4 (non publié à l'ATF 137 III 475). Voir aussi au stade du divorce, TF 5A_37/2013 du 1^{er} février 2013, consid. 1.

⁵⁹ Pour des exemples de mesures superprovisionnelles, voir TF 5A_478/2011 du 30 septembre 2011, consid. 3.4 ; 5A_22/2014 du 13 mai 2014.

⁶⁰ Dans ce sens : DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 273 N 10 ; CPC-TAPPY, art. 273 N 14 ; FamKomm Scheidung-VETTERLI, art. 271 CC N 15 ; SIX, N 10 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 276 N 15 ; CPC-TAPPY, art. 276 N 16.

échéant sans forme au sens de l'art. 48 al. 2 let. c ORF) du Conservateur du registre foncier la mention de la restriction du droit de disposer (art. 178 al. 3 CC). On pense aussi au blocage d'un compte (art. 178 al. 1 CC), à la suspension immédiate d'un droit de visite ou à une mesure d'éloignement (art. 28b CC)⁶¹.

56. En revanche, sauf cas exceptionnel, les *contributions d'entretien* ne seront pas fixées à titre superprovisionnel, dans la mesure où une audience devrait pouvoir être citée à brève échéance pour examiner la situation économique de la famille⁶². Il est en revanche inexact de les exclure par principe en faisant valoir que l'art. 262 let. e CPC ne permet le versement d'une prestation en argent que lorsque la loi le prévoit, ce qui ne serait pas envisagé à titre provisoire pour les mesures protectrices⁶³. Or tel est bien le cas, celles-ci ayant justement la nature de mesures provisionnelles⁶⁴.
57. Un *mémoire préventif* (art. 265 CPC) visant à éviter l'octroi de telles mesures superprovisionnelles est lui aussi admissible⁶⁵.
58. Avec TAPPY⁶⁶, il faut retenir que des *sûretés* au sens de l'art. 264 CPC ne peuvent pas être exigées lorsque les mesures sont des mesures de réglementation⁶⁷, ce qui est le cas de la plupart des mesures protectrices et provisionnelles (organisation de la vie séparée; contributions d'entretien), sous réserve du blocage de comptes par exemple (art. 178 al. 2 CC).
59. En cas d'octroi de mesures superprovisionnelles, l'audience intervient dans un second temps (art. 265 al. 2 CPC). L'*appel* n'est en principe pas ouvert⁶⁸.

⁶¹ Comp. SIX, N 10.

⁶² SIX, N 10.

⁶³ C'est la position de l'Obergericht ZH. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, TF 5A_212/2012 du 15 août 2012, consid. 2.2.2, RSPC 2013 28.

⁶⁴ Dans ce sens également, SIX, N 13.

⁶⁵ CPC-TAPPY, art. 273 N 14.

⁶⁶ CPC-TAPPY, art. 276 N 17. Voir aussi SIX, N 11.

⁶⁷ Sur la notion : CPC-BOHNET, art. 262 N 8 ss.

⁶⁸ ATF 137 III 417, consid. 1.3; en matière de divorce : TF 5A_37/2013 du

18. *Quelle est la forme du prononcé ?*

60. L'art. 239 al. 1 CPC retient que le juge peut communiquer la décision aux parties sans motivation écrite à l'audience, par la remise du dispositif écrit accompagné d'une motivation orale sommaire (let. a) ou en notifiant le dispositif écrit (let. b). La règle s'applique à la procédure sommaire. Les pratiques sur ce point en matière matrimoniale varient grandement d'un tribunal à l'autre, voire d'un juge à l'autre.
61. Le juge n'est donc pas obligé de motiver d'emblée sa décision. Il peut attendre une demande de motivation, que chaque partie peut requérir dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision (al. 2). A défaut d'une telle requête, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours (al. 2 *in fine*).

19. *A quelles conditions les mesures protectrices et provisoires peuvent-elles être modifiées ?*

62. Les mesures protectrices et provisionnelles n'ont qu'une *autorité de la chose jugée limitée*⁶⁹. Il est possible de les modifier en cas de changement des circonstances (art. 179 al. 1 CC). Une requête en modification suppose donc que, depuis l'entrée en vigueur des mesures, les circonstances de fait aient changé *d'une manière essentielle et durable*⁷⁰ ou que le juge se soit fondé sur des *faits qui se sont révélés faux ou qui ne se sont pas réalisés comme prévu*⁷¹. La jurisprudence retient également qu'une modification peut intervenir lorsque le juge appelé

1^{er} février 2013, consid. 1.2 ; 5A_473/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2.1.

⁶⁹ TF 5A_392/2014 du 20 août 2014, consid. 1.5, qui confirme la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur du CPC, en particulier l'ATF 127 III 474, consid. 2b/bb, JdT 2002 I 352.

⁷⁰ TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012, consid. 3.3.2 et les réf.

⁷¹ Par exemple, TF 5A_400/2012 du 25 février 2013, consid. 4.1 ; CPra Actions-BOHNET, § 13 N 19.

à statuer n'avait pas eu connaissance de faits importants⁷², à moins que la partie qui les invoque en ait eu connaissance⁷³.

63. Savoir si une modification essentielle et durable dans la situation familiale est intervenue doit s'apprécier, selon le Tribunal fédéral, à la date du dépôt de la demande de modification⁷⁴. Celui-ci se réfère à cet égard à sa jurisprudence publiée en matière de modification du jugement de divorce⁷⁵, qui retient qu'« un état de fait futur incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification. Des éléments concrets relatifs à une modification prochaine des circonstances et la nécessité de clarifier une situation juridique peuvent par contre justifier une modification de jugement »⁷⁶. A notre sens, si la situation évolue encore en cours de procédure, celle-ci peut être prise en compte conformément au régime applicable en matière d'allégation des faits (N 31 ss). Il n'y aurait pas de sens d'exiger le dépôt d'une nouvelle requête.
64. Cependant, les parties ne peuvent pas passer par la voie de la requête en modification pour obtenir une modification d'une appréciation, par hypothèse mauvaise, des circonstances initiales. Ce sont les voies de recours contre le premier prononcé qui devaient être utilisées dans un tel cas⁷⁷.
65. Le juge du divorce est compétent pour modifier ou révoquer les mesures protectrices de l'union conjugale ordonnées antérieurement à l'introduction d'une action en divorce, aux mêmes conditions, par la voie des *mesures provisionnelles* (art. 276 al. 2 CPC)⁷⁸.

⁷² TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 3.1, et les réf.

⁷³ TF 5P.25/2001 du 17 avril 2001, consid. 2a.

⁷⁴ TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 3.1 ; 5A_218/2012 du 29 juin 2012, consid. 3.3.2 et les réf.

⁷⁵ ATF 120 II 285, consid. 4b ; 137 III 604, consid. 4.1.1.

⁷⁶ ATF 120 II 285, consid. 4b.

⁷⁷ TF 5A_147/2012 du 26 avril 2012, consid. 4.2 ; 5A_400/2012 du 25 février 2013, consid. 4.1 ; 5A_153/2013 du 24 juillet 2013, consid. 2.1 ; CPra Actions-BOHNET, § 13 N 19. Apparemment plus nuancé : BSK ZPO-SPRECHER, art. 268 N 19-21.

⁷⁸ ATF 129 III 60, consid. 2, JdT 2003 I 45 ; TF 5A_937/2014 du 26 mai 2015, consid. 4 ; 5A_183.2010 du 19 avril 2010, consid. 3.3.1 ; 5A_205/2010 du

66. Les *mesures judiciaires relatives à l'attribution et à la protection des enfants* (art. 315*b* al. 1 ch. 1 et 3 CC) peuvent également être modifiées par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale et des mesures provisionnelles⁷⁹. Lorsqu'il statue sur l'autorité parentale ou la contribution d'entretien d'un enfant mineur, le juge modifie au besoin la manière dont les relations personnelles ont été réglées. En revanche, l'autorité de protection de l'enfant demeure compétente lorsque seules les relations personnelles sont litigieuses (art. 134 al. 4 CC). Elle reste également compétente en cas d'accord entre les père et mère pour ratifier la modification de l'attribution de l'autorité parentale et la convention qui détermine la répartition des frais d'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 CC). Il en est de même pour les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps (art. 315*a* al. 3 ch. 2 CC).
67. En règle générale, la modification des mesures protectrices ou provisionnelles déploie ses effets depuis l'*entrée en force* de la nouvelle décision. Si les circonstances le justifient, le juge peut lui donner effet au jour du dépôt de la demande au plus tôt. L'art. 173 al. 3 CC n'est en effet pas applicable par analogie⁸⁰. Une *rétroactivité dans une plus large mesure* suppose des motifs exceptionnels, comme un lieu de séjour inconnu ou une absence du pays du débiteur de la contribution, un comportement d'une partie contraire à la bonne foi ou encore une maladie grave de l'ayant droit⁸¹.

20. *Quel est le champ respectif des mesures protectrices et des mesures provisionnelles ?*

68. Le début de la *litispendance* de la demande en divorce délimite les compétences du juge des mesures protectrices et du juge du divorce.

12 juillet 2010, consid. 4.2.2 ; 5P.442/2006 du 8 janvier 2007, consid. 3.3 ; 5P.387/2002 du 27 février 2003, consid. 2.

⁷⁹ CPra Actions-BOHNET, § 13 N 20.

⁸⁰ BSK ZGB I-HASENBÖHLER/OPEL, art. 179 N 8.

⁸¹ ATF 111 II 103, consid. 4, JdT 1988 I 322 ; TF 5A_856/2009 du 16 juin 2010, consid. 3 ; 5A_485/2008 du 1^{er} décembre 2008, consid. 2.2 ; 5P.205/2002 du 24 octobre 2002, consid. 2.2.

69. Le juge des mesures protectrices est compétent pour statuer (et le demeure) dans la mesure où il a été saisi avant le juge du divorce. Celui-ci ne pourra modifier les mesures protectrices que si les circonstances ont changé depuis le dépôt de la demande en divorce⁸².
70. Les effets des mesures protectrices ordonnées pour l'organisation de la vie séparée perdurent au-delà de la litispendance de l'action en divorce si elles ne sont pas modifiées par des mesures provisionnelles⁸³. Le Tribunal fédéral retient qu'il en va de même dans le cas inverse, soit lorsque des mesures provisionnelles ont été ordonnées alors que l'action en divorce était pendante et que cette action tombe⁸⁴. En d'autres termes, les effets des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la vie séparée perdurent tant que les parties demeurent séparées. Le juge des mesures provisionnelles n'est plus compétent pour modifier de telles mesures, faute de litispendance de l'action en divorce ; seul l'est le juge des mesures protectrices, aux conditions de l'art. 179 al. 1 CC.

III. Voies de recours⁸⁵

21. *Quelles voies de droit sont-elles ouvertes en matière de mesures protectrices et provisionnelles ?*

71. Les voies de recours ordinaires (*appel* et *recours*) sont envisageables contre les décisions de mesures protectrices et de mesures provisionnelles.

⁸² Arrêt de principe : ATF 129 III 60, consid. 2, JdT 2003 I 45, confirmé sous le nouveau droit : ATF 138 III 646, consid. 3.3.2.

⁸³ ATF 129 III 60, consid. 2 ; TF 5A_182/2007 du 11 juin 2007, consid. 2.1 ; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010, consid. 3.3.1.

⁸⁴ ATF 137 III 614, RSPC 2012, 215.

⁸⁵ Les voies de recours en matière matrimoniale sont examinées de manière particulièrement détaillée par NIELS SÖRENSEN dans le Commentaire pratique de droit matrimonial, qui paraît en même temps que ces lignes (CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 308 ss CPC). Il convient d'y renvoyer, seuls certains aspects étant traités ici.

72. L'art. 308 al. 1 let b. CPC retient expressément que l'appel est recevable contre les décisions de première instance octroyant ou refusant des mesures provisionnelles (parmi lesquelles on compte les mesures protectrices, N 53). Cependant, l'art. 308 al. 2 CPC indique que, pour les *affaires patrimoniales*, la valeur litigieuse doit atteindre CHF 10'000.- (dans le cas contraire, la voie du recours au sens étroit est ouverte, art. 319 let. a CPC). Cette condition s'applique également aux mesures provisionnelles (et donc protectrices), comme le Message le retient logiquement⁸⁶. Il précise encore que la valeur litigieuse déterminante est celle de la mesure requise. Par exemple, si le demandeur requiert pour lui-même CHF 1'000.- de pension mensuelle, la valeur litigieuse est de CHF 240'000.- (art. 92 al. 2 CPC : durée non déterminée). Lorsque l'appel porte sur des points patrimoniaux et *non patrimoniaux* (attribution du domicile⁸⁷, garde, droit de visite), la question de la valeur litigieuse ne se pose pas⁸⁸, l'appel étant alors ouvert pour le tout.

22. *Un appel joint est-il possible en matière de mesures protectrices ou provisionnelles ?*

73. L'appel joint est exclu lorsque la procédure sommaire s'applique (art. 314 al. 2 CPC). Cette solution est regrettable, puisqu'il est fréquent en matière de mesures protectrices et provisionnelles que chaque conjoint obtienne partiellement gain de cause, et que chacun soit prêt à renoncer à l'appel si l'autre partie en fait de même. De plus, comme le délai de recours est excessivement bref (il est réduit à *10 jours*, art. 314 al. 1 CPC, court à partir du jour de la notification de la motivation écrite du jugement et n'est *pas suspendu* pendant les *vacances judiciaires* [art. 145 al. 2 let. b CPC]), il est relativement difficile pour les parties de se mettre d'accord avant le dépôt d'un appel.

⁸⁶ Message CPC, FF 2006, 6978. Dans ce sens également : CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 308 CPC N 19.

⁸⁷ TF 5A_766/2008 du 4 février 2009 ; 5D_126/2009 du 27 octobre 2009, RSPC 2010, 174.

⁸⁸ JdT 2011 III 43, RSPC 2011, 319 ; TAPPY, p. 260 n. 57 ; CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 308 CPC N 26.

23. *L'appel doit-il être motivé et chiffré ?*

74. L'appel peut être formé pour *violation du droit* ou pour *constatation inexacte des faits* (art. 310 CPC ; quant au recours, il n'est ouvert que pour une violation du droit, les faits n'étant revus qu'en présence d'une constatation manifestement inexacte, art. 320 CPC). L'écriture doit être motivée, sous peine d'irrecevabilité⁸⁹. L'appelant doit démontrer le caractère erroné de la décision attaquée : « Un renvoi aux moyens soulevés en première instance est insuffisant, de même que des critiques d'ordre général. L'appelant doit indiquer en quoi pèche le raisonnement du premier juge en désignant de manière explicite les passages problématiques de la décision et les pièces justifiant cette critique en matière d'appréciation des preuves »⁹⁰. Il faut donc procéder à une *confrontation critique et ponctuelle* avec la motivation du jugement émanant de la juridiction inférieure⁹¹. Le fait que l'instance d'appel applique le droit d'office n'y change rien⁹².
75. Il convient de prendre des *conclusions chiffrées*, et ce même si la maxime d'office s'applique⁹³. La règle vaut ainsi devant l'instance d'appel pour la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille, alors même que le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire : art. 272 CPC) et qu'il n'est pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office : art. 296 al. 3 CPC)⁹⁴.

24. *Des faits ou moyens de preuve nouveaux peuvent-ils être avancés en appel ?*

76. En procédure d'appel, les maximes régissant la procédure continuent de s'appliquer. Cela signifie que la maxime inquisitoire (pour les enfants, N 34) et inquisitoire sociale (pour le reste des points, N 31 s) s'appliquant en mesures protectrices et

⁸⁹ ATF 138 III 374, consid. 4.3.

⁹⁰ ATF 138 III 374, consid. 4.3.1.

⁹¹ TF 4A_474/2013 du 10 mars 2014, SJ 2014 I 459 ; voir également TF 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014, consid. 3.1, RSPC 2015 52.

⁹² TF 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014, RSPC 2015 52.

⁹³ ATF 137 III 617, RSPC 2012, 221 (résumé en français sur droitmatrimonial.ch).

⁹⁴ TF 5A_713/2012 du 15 février 2013, consid. 4.1.

provisionnelles, le juge d'appel « peut de lui-même ordonner des mesures probatoires et compléter l'état de fait qui lui a été présenté »⁹⁵. En particulier, le juge pourra prendre en compte les éléments nécessaires lorsque s'applique la maxime d'office⁹⁶.

77. En revanche, le Tribunal fédéral a récemment établi que les conditions auxquelles le tribunal est contraint d'admettre des *faits et moyens de preuves nouveaux* allégués par les parties, relèvent exclusivement, au stade de l'appel, de l'art. 317 al. 1 CPC⁹⁷. Ainsi, il faut que ces faits et ces preuves n'aient pas pu être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. Ils doivent en outre avoir été invoqués ou produits sans retard. L'arrêt en question traitait d'une cause soumise à la maxime inquisitoire sociale, mais la ligne de raisonnement du Tribunal fédéral est indépendante à notre sens de la maxime inquisitoire applicable, puisqu'elle se fonde sur le fait que l'art. 229 al. 3 CPC ne vaut qu'en première instance. Or il est incontesté que cette disposition, qui permet l'allégation de faits jusqu'à la clôture des débats, vaut pour toute maxime inquisitoire. Le Tribunal fédéral a malgré tout laissé ouverte la question de savoir si le principe posé valait aussi lorsque la maxime inquisitoire pure était de rigueur, tout en relevant qu'il n'était pas arbitraire d'appliquer l'art. 317 CPC en matière de procédure sommaire soumise à la maxime inquisitoire pure⁹⁸. Dans la mesure où l'on retient un devoir de collaboration des parties également lorsque la maxime inquisitoire pure s'applique (N 35), il serait difficile de comprendre la raison pour laquelle l'art. 317 CPC s'appliquerait différemment selon le type de maxime inquisitoire applicable.

⁹⁵ ATF 138 III 625, consid. 2.2 *in fine*.

⁹⁶ Voir pour des développements, CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 319 CPC N 19.

⁹⁷ ATF 138 III 625, qui met fin à une importante controverse sur ce point. Voir TF 5A_317/2011 du 22 novembre 2011, consid. 5.1, RSPC 2012, 215 ; JdT 2011 III 43, RSPC 2011, 319. Pour une critique détaillée, voir CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 319 CPC N 16 ss.

⁹⁸ Voir TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 4.2, RSPC 2014 456, et les références.

78. Lorsque les conditions de l'art. 317 CPC sont remplies, le moment ultime pour invoquer ou produire est, comme en première instance, la clôture des débats⁹⁹. A notre avis, celle-ci devrait intervenir formellement, afin que les parties sachent à quoi s'en tenir. Le seul fait de déclarer que l'échange des écritures est terminé ne permet pas de déterminer si le tribunal entre en délibérations, puisque des débats peuvent intervenir en appel. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu qu'il n'était pas arbitraire de considérer que les débats principaux de la procédure d'appel ne sont pas clos au terme de l'échange d'écritures préalable et que les faits nouveaux survenus après cet échange en matière matrimoniale doivent être invoqués à ce stade¹⁰⁰. Une formule du type « un jugement sera prochainement rendu » ou « la cause est en état d'être jugée » (art. 236 al. 1 CPC) doit de bonne foi être interprétée comme une clôture des débats¹⁰¹.
79. Après la clôture des débats, une partie dans l'attente d'une décision pourrait toujours soumettre à la Cour d'appel des faits ou preuves nouveaux en lui suggérant de rouvrir les débats¹⁰². Une telle réouverture peut se justifier pour éviter le dépôt d'une requête en modification devant le premier juge, par souci d'économie de procédure.

25. Un effet suspensif peut-il être accordé à un appel formé contre des mesures protectrices ou provisionnelles ?

80. Lorsqu'il est interjeté contre des mesures protectrices ou provisionnelles, l'appel n'en suspend pas le caractère exécutoire (art. 315 al. 4 let. b CPC)¹⁰³. Seul un risque de préjudice difficilement réparable peut justifier la suspension de l'exécution des mesures (art. 315 al. 5 CPC). Selon le Tribunal fédéral¹⁰⁴, ce préjudice, qui peut être patrimonial ou immatériel, voire résulter du seul

⁹⁹ ATF 138 III 788, consid. 4.2.

¹⁰⁰ TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 4.2, RSPC 2014 456.

¹⁰¹ Voir RSPC 2014 459, note de FRANÇOIS BOHNET.

¹⁰² Comp. ATF 138 III 788, consid. 5.

¹⁰³ En revanche, l'entrée en force est suspendue, ATF 139 III 486, RSPC 2014 159.

¹⁰⁴ ATF 138 III 378, RSPC 2012 419.

écoulement du temps pendant le procès, est constitué par les *conséquences matérielles qu'engendrent les mesures provisionnelles*.

81. Dès lors « l'autorité cantonale d'appel doit procéder à une nouvelle pesée des intérêts entre les deux préjudices difficilement réparables, celui du demandeur à l'action si la mesure n'était pas exécutée immédiatement et celui qu'entraînerait pour le défendeur l'exécution de cette mesure »¹⁰⁵.
82. La jurisprudence du Tribunal fédéral retient les éléments suivants en matière de *garde des enfants*¹⁰⁶ :
 - « Lorsqu'en vertu de la décision de première instance, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/*Bezugsperson*), l'instance d'appel doit rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, des motifs sérieux devant toutefois être réservés, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée ».
 - « Il en va différemment lorsque le juge de première instance statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui. Le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi généralement être admise (comp. ATF 137 III 475, consid. 4.4), sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé ».
83. Le Tribunal fédéral retient par ailleurs que le refus d'attribuer l'effet suspensif ne doit pas s'appuyer sur des *faits nouveaux*, survenus postérieurement à la décision entreprise. L'instance de recours statuant sur l'effet suspensif à bref délai, l'enfant ne devrait en effet

¹⁰⁵ ATF 138 III 378, RSPC 2012 419.

¹⁰⁶ ATF 138 III 565.

pas être déplacé tant que celle-ci n'a pas statué, des changements successifs n'étant manifestement pas dans son intérêt¹⁰⁷.

84. En matière d'*attribution du logement*, l'effet suspensif peut être accordé pour maintenir au domicile conjugal l'époux qui s'y trouve afin d'éviter un double déménagement en cas d'admission de l'appel. En revanche, concernant la *contribution d'entretien*, le refus de l'effet suspensif ne cause en principe pas de préjudice difficilement réparable à celui qui est condamné à la payer¹⁰⁸. Celui-ci devrait cependant être accordé pour l'arriéré¹⁰⁹.

IV. Conclusion

85. Les procédures de mesures protectrices et de mesures provisionnelles de première et de deuxième instance sont le pain quotidien des tribunaux civils cantonaux. Pourtant, plus de cinq ans après l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse, des questions fréquentes de procédure en matière de protection provisoire dans le domaine matrimonial ne sont pas encore définitivement tranchées par le Tribunal fédéral. Il en va ainsi du droit du défendeur de déposer, même si le juge ne l'y invite pas, une *réponse écrite* à une requête de mesures protectrices ou provisionnelles, de la possibilité de *prononcés intermédiaires*, sur la base d'une appréciation encore incomplète des preuves, de la possibilité des *mesures superprovisionnelles*, ou encore du *moment ultime pour l'allégation des faits et de propositions de preuves*, tant en première qu'en deuxième instance. Ce sont là quelques-uns des points auxquels nous avons tenté de fournir un début de réponse. Ils feront probablement encore l'objet de divers débats.

¹⁰⁷ TF 5A_780/2012 du 8 novembre 2012, consid. 3.3.2, RSPC 2013 145 ; 5A_475/2013 du 11 septembre 2013, RSPC 2014 41.

¹⁰⁸ TF 5A_468/2012 du 14 août 2012, RSPC 2012 476.

¹⁰⁹ Comp. devant le Tribunal fédéral, BRACONI (n. 1), SJ 2015 II 104, qui cite l'arrêt 5A_954/2012 du 30 janvier 2013, consid. 4.

V. Bibliographie

BK ZPO-[AUTEUR] : GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Berne 2013

BOHNET FRANÇOIS, Commentaire pratique actions civiles : Conditions et conclusions, Bâle 2014

BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in Le droit de réplique (Bohnet édit.), Bâle 2013

BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), Commentaire pratique de droit matrimonial, Bâle 2015

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, in Revue de droit suisse 134 (2015), p. 223-256

BSK ZGB I-[AUTEUR] : HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^e éd., Bâle 2014

BSK ZPO-[AUTEUR] : SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd., Bâle 2013

CPC-[AUTEUR] : BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011

DESCHENAUX HENRI/STEINAUEUR PAUL-HENRI/BADDELY MARGARETA, Les effets du mariage, 2^e éd., Zurich 2009

DIKE ZPO-[AUTEUR] : BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zurich 2011

DONZALLAZ YVES, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001

FammKomm Scheidung, SCHWENZER INGEBORG (édit.), Berne 2010

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen ZPO, PCEF 2011/2012, 274 ss

KUKO ZPO-[AUTEUR] : OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/ HAAS ULRICH (édit.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2013

OFK ZPO-[AUTEUR] : GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/ SARBACH MARTIN, ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich 2015

SIX JANN, Superprovisorische Massnahmen in Eheschutzverfahren, in Jusletter 16 décembre 2013

TAPPY DENIS, Les procédures en droit matrimonial, in Bohnet (édit.), Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 241 ss

ZK ZPO-[AUTEUR] : SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/ LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd., Zurich 2013