

Art. 270, art. 315 al. 5, art. 95 al. 2 lit. b, art. 108 – PRONONCÉ DE MESURES SUPERPROVISIONNELLES - REJET DE LA REQUÊTE DE MESURES PROVISIONNELLES – MÉMOIRE PRÉVENTIF DU DÉFENDEUR, AUX FINS DE PRÉVENIR L'OCTROI DE L'EFFET SUSPENSIF À UN EVENTUEL APPEL – INUTILITÉ – CONSÉQUENCES QUANT AUX FRAIS

TF [5A_197/2022](#) du 24.6.22 c. 3.4 et c. 4

(c. 3.4.1) Le *mémoire préventif* (art. 270 CPC) permet à l'intéressé d'exercer son droit d'être entendu avant le prononcé de mesures, potentiellement requises, sans audition préalable des parties. Il *peut aussi être déposé aux fins de prévenir l'octroi avant audition des parties de l'effet suspensif par l'instance de recours*, dès lors que la décision y relative constitue une mesure provisionnelle (dans ce sens : OGer/ZG, 27.04.2017, BZ 2017 32, c. 2, GVP 2017 p. 188). (c. 3.4.2) *Sauf urgence* (art. 265 CPC), *la partie adverse doit être entendue avant qu'il soit statué sur effet suspensif* au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, quand bien même la décision est modifiable (art. 268 CPC; TF 5A_350/2013 du 8.7.2013 c. 2.1-2.2). (c. 3.4.3) Selon un *principe général, l'effet suspensif ne peut être octroyé à un recours ayant pour objet une décision rejetant une demande* (TF 5A_881/2017 du 23.1.2018 c. 2.3). D'aucuns considèrent toutefois que l'octroi de l'effet suspensif entre en ligne de compte lorsque des mesures superprovisionnelles ont été ordonnées avant le rejet des mesures provisionnelles, avec pour effet de faire renaître les mesures superprovisionnelles (dans ce sens : TC VD du 11.11.2019, JdT 2020 III 121 c. 3). Certains auteurs affirment même que le dépôt de l'appel (ou du recours) maintiendrait la validité des mesures superprovisionnelles. Quant au TF, il a jugé que *l'annulation, sur recours, d'une décision de mesures provisionnelles, avec renvoi de la cause au juge précédent pour nouvelle décision, fait renaître les mesures superprovisionnelles* (ATF 139 III 86 c. 1.1.1 i.f.). (c. 3.4.4) La *question de l'éventuelle renaissance des mesures superprovisionnelles, si l'effet suspensif est accordé* au recours contre le refus du prononcé de mesures provisionnelles, peut rester *indécise*. En effet, sauf à démontrer que la juridiction d'appel aurait pu, in casu, octroyer l'effet suspensif à titre superprovisionnel au sens de l'art. 265 al. 1 CPC, *le mémoire préventif était inutile, puisque l'intéressé aurait nécessairement été invité à se déterminer* avant qu'il ne soit, le cas échéant, fait droit à la requête d'effet suspensif assortissant l'appel. (c. 4.1.1) *La loi n'exclut pas que le tribunal puisse percevoir des frais judiciaires en lien avec le dépôt d'un mémoire préventif*, du moins si une procédure spécifique est ouverte à réception de ce mémoire. Quoi qu'il en soit, une fois qu'une requête de mesures (super)provisionnelles est déposée et tranchée, le sort des frais est réglé selon les principes découlant des art. 106 ss CPC. (c. 4.1.2. et c. 4.2) Indépendamment du sort de la cause, *l'application de l'art. 108 CPC est réservée ; elle se justifie lorsque l'inutilité du mémoire préventif est constatée*.

2022-N16 - Le rejet d'une requête de mesures provisionnelles, l'effet suspensif de l'appel et l'(in)utilité d'un mémoire préventif

Bern. F. Bastons Bulletti

1 Dans une procédure de mesures provisionnelles concernant un enfant de parents non mariés reconnu par son père (art. 303 al. 1 et art. 304 al. 2 CPC), la mère et l'enfant, requérants, ont obtenu des mesures superprovisionnelles relatives à la garde et à la suppression du droit de visite du père. Cependant, le juge déclare ensuite irrecevable la requête de mesures provisionnelles, faute de compétence matérielle, respectivement d'autorisation de procéder, et annule l'ordonnance superprovisoire. Quatre jours plus tard, le père défendeur dépose un mémoire préventif auprès du juge d'appel en concluant, pour le cas où un appel serait introduit par les requérants, au rejet d'une éventuelle requête d'effet suspensif ; il requiert en outre l'assistance judiciaire pour ce mémoire préventif. Les requérants introduisent ensuite un appel et requièrent l'effet suspensif, respectivement le maintien des mesures superprovisionnelles. Le juge d'appel déclare la requête d'effet suspensif irrecevable et rejette celle en concernant les mesures superprovisionnelles. Par la suite, le tribunal rejette l'appel des requérants, mais aussi la requête d'assistance judiciaire du père pour le mémoire préventif : le tribunal retient que ce mémoire était inutile et ainsi, dépourvu de chances de succès ; il met en outre les frais de procédure liés à ce mémoire préventif à la charge du père. Celui-ci recourt au TF contre le refus de l'assistance judiciaire et sa condamnation aux frais du mémoire préventif.

2 En substance, le TF retient qu'il est certes possible de déposer un mémoire préventif pour éviter qu'un appel ou un recours ne soit assorti de l'effet suspensif sans audition préalable de la partie adverse. Cependant, sauf urgence, l'intimé doit être entendu avant qu'il ne soit statué sur l'effet suspensif. Or, le recourant ne démontre pas qu'en l'espèce, la juridiction d'appel aurait pu octroyer l'effet suspensif à titre *superprovisionnel*. Le TF en conclut que le tribunal cantonal pouvait estimer le mémoire préventif inutile, et dès lors dépourvu de chances de succès. En outre, il pouvait percevoir des frais judiciaires pour le mémoire préventif. Une requête d'effet suspensif ayant ensuite été déposée, ces frais devaient être répartis selon les art. 106 ss CPC. L'art. 108 CPC prévoyant une solution indépendante du sort de la cause pour les frais causés inutilement, il se justifiait de faire application de cette disposition en l'espèce, où le mémoire préventif s'avérait inutile. Le TF a en conséquence rejeté le recours.

3 Le TF confirme ainsi la décision attaquée, mais par une motivation légèrement différente de celle-ci. Le juge d'appel avait pour sa part retenu que le mémoire préventif était inutile, et dès lors dépourvu de chances de succès, car une requête d'effet suspensif était de toute manière d'emblée irrecevable, puisque l'appel était *in casu* dirigé contre une décision *refusant* le prononcé de mesures provisionnelles. En outre, le défendeur n'avait pas conclu dans son mémoire préventif au rejet d'une éventuelle requête – recevable – de mesures superprovisionnelles devant la cour d'appel (cf. c. 3.2 de l'arrêt).

4 Bien qu'il ne concerne formellement que le refus de l'assistance judiciaire et la mise à charge des frais d'un mémoire préventif, l'arrêt est intéressant à bien des égards. D'une part, il précise les conditions d'un mémoire préventif et le régime des frais (infra N 5 - 6). D'autre part, il aborde la question, discutée et importante en pratique, de savoir s'il est possible

d'obtenir l'effet suspensif lorsque l'appel est dirigé contre une décision de *rejet* d'une requête de mesures provisionnelles (infra N 6).

5 Le TF admet, d'une part, que le **mémoire préventif** est **possible** pour prévenir l'octroi, sans audition préalable de la partie adverse, de l'**effet suspensif** à un appel ou un recours. Son argumentation est convaincante : d'une part, l'art. 270 CPC prévoit expressément la possibilité de déposer un tel mémoire pour prévenir un prononcé sans audition de la partie adverse, sans le limiter au prononcé de mesures superprovisionnelles « classiques », au sens de l'art. 265 CPC. Il suffit qu'un prononcé sans audition préalable soit possible (cf. c. 3.4.1 de l'arrêt ; ég. Message, 6965), dans une procédure où la partie adverse doit en principe être préalablement entendue (si tel n'est pas le cas, le mémoire n'est pas admissible, cf. OGer/ZH du 22.5.2015 [LB150023] c. 2, note sous art. 270 ; ég. PC CPC-Bovey/Favrod Coune art. 270 N 3). Or, il est admis que l'effet suspensif d'un appel ou d'un recours peut être accordé - exceptionnellement, en cas d'urgence – sans audition de la partie adverse (cf. c. 3.4.2 de l'arrêt ; ég. TF 5A_350/2013 du 8.7.2013 c. 2.1 et 2.2, note sous art. 315 al. 2 et 5).

6 D'autre part, le TF retient que le dépôt d'un **mémoire préventif** n'est pas nécessairement gratuit : des **frais judiciaires** peuvent être perçus et l'avance peut en être requise (art. 98 CPC), du moins lorsque le dépôt du mémoire donne lieu à l'ouverture d'une procédure spécifique et à une décision confirmant réception du mémoire et sa conservation, ou si la partie adverse requiert ensuite des mesures (super)provisionnelles (c. 4.1.1 de l'arrêt). En conséquence, si la partie adverse ne dépose pas de requête, l'auteur du mémoire doit seul supporter les frais éventuellement perçus – qui devraient en tout cas être minimales, le mémoire n'ayant occasionné qu'une simple réception et conservation pendant 6 mois (art. 270 al. 3 CPC). Si en revanche une requête est déposée, en principe la **répartition des frais** du mémoire doit suivre le sort de la cause, selon l'art. 106 CPC. Tel aurait pu être le cas en l'espèce : les requérants ayant succombé, tant dans leurs requêtes d'effet suspensif ou de mesures superprovisionnelles que dans leur appel, ils auraient en principe dû supporter les frais du mémoire préventif (art. 106 al. 1 CPC, applicable ég. en appel). Le TF a cependant estimé que ce mémoire représentait en l'espèce un acte de procédure inutile, au sens de l'art. 108 CPC, de sorte qu'il se justifiait que son auteur en assume les frais. L'assistance judiciaire lui étant refusée pour cette opération, estimée dénuée de chances de succès (au sens de l'art. 117 lit. b CPC) précisément en raison de l'inutilité de la démarche, il ne pouvait pas compter sur l'aide de l'Etat pour les supporter. Nous reviendrons plus loin sur l'(in)utilité du dépôt du mémoire préventif (infra N 8).

7 La question la plus intéressante concerne la possibilité d'obtenir **l'effet suspensif de l'appel dirigé contre une décision refusant le prononcé de mesures provisionnelles**.

7a En principe, l'appel a effet suspensif, dans la mesure des conclusions prises (art. 315 al. 1 CPC). Cependant, l'appel dirigé contre une décision portant sur des mesures provisionnelles n'a pas d'effet suspensif (art. 315 al. 4 lit. b CPC), pas plus qu'un recours stricto sensu (art. 325 al. 1 CPC). La juridiction d'appel peut toutefois – en principe sur requête – octroyer l'effet suspensif à cet appel (art. 315 al. 5 CPC) ou à ce recours (art. 325 al. 2 CPC), pour la durée de la procédure de deuxième instance. L'octroi de l'effet suspensif a pour effet de **suspendre le caractère exécutoire** de la décision attaquée. Dès lors, si l'appel ou le recours est dirigé **contre une décision de rejet de la requête**, il tombe a priori sous le sens que le recourant n'a aucun

intérêt digne de protection à requérir la suspension de l'exécution, puisqu'il n'y a par définition rien à exécuter ; sa requête d'effet suspensif est ainsi irrecevable. C'est la solution qu'a donné en l'espèce le tribunal d'appel bernois, saisi de la requête d'effet suspensif des appelants, et que le TF rappelle ici (cf. ég. TF 5A_881/2017 du 23.1.2018 c. 2.3, note sous art. 315 al. 5).

7b La situation est cependant moins claire lorsque – comme en l'espèce – la décision de rejet de la requête de mesures provisionnelles a été **précédée du prononcé de mesures superprovisionnelles**. Dans cette hypothèse, l'appelant a certes obtenu en première instance une protection superprovisoire de son droit, avant audition de la partie adverse ; il l'a cependant perdue ensuite, la décision de mesures provisionnelles attaquée ayant remplacé la décision superprovisionnelle. S'il ne peut pas obtenir la « renaissance » de cette dernière, il demeurera sans protection aucune pendant toute la procédure de deuxième instance, ce qui peut avoir pour lui de graves conséquences. **Trois approches différentes** s'expriment en doctrine :

7ba - certains pensent que dans ce cas, l'introduction même d'un appel ou d'un recours a pour effet de faire **automatiquement renaître l'ordonnance superprovisionnelle** (BK ZPO-Günterich art. 265 N 20, qui se réfère à tort à l'avis de Sprecher, BSK ZPO art. 265 N 46). Selon Sterchi (BK ZPO art. 315 N 16 *cum* N 15), l'appel contre le refus de mesures provisionnelles n'est pas soumis à l'exception prévue par l'art. 315 al. 4 lit. b CPC, mais au principe de l'al. 1 : il a donc d'emblée effet suspensif, de sorte que d'éventuelles mesures superprovisionnelles ordonnées auparavant ne deviennent pas caduques ;

7bb - d'autres auteurs sont d'avis que l'appelant peut alors **requérir l'effet suspensif** au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, bien que l'appel soit dirigé contre une décision négative ; si cet effet est accordé, les mesures superprovisionnelles « renaissent » (BSK ZPO-Sprecher art. 265 N 46 ; CPra Matrimonial-Sörensen art. 315 N 17 ; CR CPC-Bohnet art. 265 N 18 ; ég. TF 5P.344/2005 du 23.12.2005 c. 3.4) ;

7bc - selon un troisième avis, que nous partageons, l'ordonnance de mesures superprovisionnelles, devenue caduque au moment du prononcé sur la requête de mesures provisionnelles, ne peut pas renaître. En effet, elle n'est justifiée que par l'urgence particulière qui ne permet pas d'entendre le défendeur (cf. art. 265 al. 1 CPC). Après audition du défendeur, elle est entièrement remplacée - et non seulement suivie -, avec effet *ex tunc* (cf. TF 5A_1023/2018 du 8.7.2019 c. 5.2.2 et 6.2.3.2, note sous art. 265, B.), par la décision sur la requête de mesures provisionnelles, qui s'y substitue et dont le contenu négatif fait obstacle à une requête d'effet suspensif (supra N 7a). En revanche, la juridiction d'appel ou de recours est compétente pour prononcer elle-même des mesures provisionnelles (cf. art. 325 al. 2 CPC pour le recours). Elle peut donc être saisie d'une **nouvelle requête de mesures (super)provisionnelles**, tendant au prononcé (de certaines) des mesures dont le refus est contesté en appel ou par le recours. Cette requête peut même être déposée alors que des mesures superprovisionnelles n'ont pas précédé ce refus (cf. en détail D. Stucki/J. Pahud, JdT 2015 II 1ss, 29-33 ; ég. BK ZPO-Sterchi art. 315 N 15, si la décision attaquée semble manifestement erronée ; ég. ATF 119 II 429 c. 3c i.f.). Le tribunal bernois a manifestement suivi cet avis en l'espèce, dès lors qu'il est entré en matière sur la requête des appelants tendant au maintien des mesures superprovisionnelles, tout en la rejetant néanmoins (pour

un cas d'admission d'une telle requête, et ce avant même la notification de la décision motivée de première instance, cf. TC/VD CACI, juge délégué, du 11.11.2019 c. 4, JdT 2020 III 121, notes sous art. 315 al. 5 et sous 315 al. 5, A. : il s'agissait de préserver le recourant d'une atteinte irréversible à ses intérêts, en ordonnant le blocage d'une inscription au registre du commerce).

7c Le TF ne se prononce pas sur cette question. Il semble certes ne pas retenir les avis selon lesquels la simple introduction de l'appel ou du recours aurait pour effet la renaissance, voire le maintien, des mesures superprovisionnelles (supra N 7ba), à notre avis à raison : en effet, cette approche revient à donner d'emblée priorité à une décision prise en urgence, sans audition du défendeur, sur la décision de rejet prononcée après examen du dossier entier, alors même que celle-ci a remplacé la première. En revanche, le TF ne semble pas entièrement exclure que la décision superprovisionnelle puisse renaître, par l'octroi de l'effet suspensif à l'appel ou au recours, dès lors qu'il laisse expressément la **question irrésolue** (c. 3.4.4 de l'arrêt). Il est vrai qu'il a déjà retenu que l'*admission du recours ou appel* contre une décision de rejet des mesures provisionnelles avait pour effet, si la cause est renvoyée au premier juge, de faire renaître les mesures superprovisionnelles précédemment ordonnées, dès lors que le renvoi ramène la procédure au stade où elle se trouvait avant le prononcé de la décision annulée (ATF 139 III 86 c. 1.1, note sous art. 265, B.). Une « renaissance » des mesures superprovisionnelles n'est dès lors pas d'emblée exclue. Autre est la question de savoir si cette renaissance peut être opérée *avant* décision sur l'appel ou le recours, par le biais de l'octroi de l'effet suspensif, alors que la décision attaquée existe encore. La jurisprudence ATF 139 ne permet pas de tirer cette conclusion (cf. TF 4A_160/2013 du 21.8.2013 c. 2.1, note *ibid.*, soulignant au contraire que la renaissance des mesures superprovisionnelles résulte uniquement de l'annulation de la décision sur la requête de mesures provisionnelles). A notre avis, la renaissance des mesures superprovisionnelles par le biais de l'effet suspensif se heurte à la caducité (soulignée dans les arrêts précités, de même que dans l'arrêt TF 5A_84/2018 du 8.11.2018 c. 4.2 et 4.4.2, note sous art. 265, B. et in newsletter du 9.1.2019) des mesures superprovisionnelles, sitôt prononcée la décision qui, aussi longtemps qu'elle n'est pas elle-même annulée, les remplace avec effet *ex tunc* (supra N 7bc). Or, pour cette décision, qui n'ordonne aucune mesure, l'effet suspensif ne présente pas d'intérêt. En outre et surtout, l'octroi de l'effet suspensif ne s'impose pas : dans les cas où le requérant débouté recourt et fait valoir un risque important et imminent de préjudice irréversible, rien n'empêche la juridiction d'appel ou de recours de prendre à son tour des **mesures urgentes** - qui peuvent être, ou pas, de même teneur que les mesures refusées par le premier juge, ou que les mesures superprovisionnelles devenues caduques -, uniquement destinées à préserver le recourant de ce risque ; elles ne préjugent pas plus de sa décision sur l'appel ou le recours que des mesures superprovisionnelles de première instance ne préjugent du sort de la requête. On ne voit guère de différence, en pratique, avec un prononcé d'effet suspensif : dans les deux cas notamment, il faut à notre avis admettre que le prononcé peut être requis, au besoin et exceptionnellement, dès la communication du dispositif de la décision de rejet, pourvu que la motivation ait été requise, même si celle-ci n'a pas encore été notifiée (dans le même sens : TC/VD du 11.11.2019 précité, c. 5 ; pour le prononcé de l'effet suspensif, cf. notes sous art. 315 al. 5, A., not. TC/FR du 2.11.2018 (101 2018 312) c. 1, note in newsletter du 31.01.2019, N 6).

7d Il faut encore relever que la question ne se pose pas de la même manière si le recours ou l'appel porte sur une **décision refusant la modification** (art. 268 al. 1 CPC) **de mesures provisionnelles préexistantes**. Il nous semble clair que ces dernières subsistent d'emblée pendant la durée de la procédure de deuxième instance : au contraire de précédentes mesures superprovisionnelles de première instance, elles ne sont pas devenues caduques et n'ont - précisément - pas été remplacées. Cas échéant, des mesures (urgentes) peuvent là aussi être prononcées par le juge d'appel (supra N 7bc). En revanche, là encore, il n'y a pas d'intérêt à requérir l'effet suspensif de l'appel.

8 Quoi qu'il en soit, le TF n'a pas retenu - au contraire des juges bernois - que lorsqu'il a déposé son mémoire préventif, le recourant ne risquait objectivement *aucun* prononcé de l'effet suspensif. Il a rejeté le recours au motif que le recourant n'avait pas démontré qu'il risquait l'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel, *sans audition préalable*. Il en a déduit que le recourant aurait nécessairement été entendu avant le prononcé de l'effet suspensif, de sorte que son **mémoire** était **inutile**. L'arrêt ne précise pas sous quelle forme - urgente ou ordinaire - les appelants ont requis l'octroi de l'effet suspensif et le maintien des mesures superprovisionnelles, ni si le juge d'appel a invité le père à se déterminer sur ces requêtes avant de statuer ; il faut rappeler que celles-ci relevaient en tout cas de la procédure sommaire, ce qui permettait de les déclarer d'emblée manifestement irrecevables ou infondées, sans donner au père l'occasion de se déterminer (cf. art. 253 CPC). En outre, la question à trancher devant le TF n'était pas l'admissibilité d'un mémoire préventif, qui n'a pas été remise en cause (cf. supra N 5), mais son *utilité in concreto*, déterminant le sort des frais, respectivement de la requête d'assistance judiciaire. Pour apprécier si un acte de procédure est inutile au sens de l'art. 108 CPC, de sorte que son auteur doit en supporter les frais indépendamment du sort de la cause, il faut opérer une appréciation objective, au regard de ce qu'un plaideur procédant selon les règles de l'art aurait fait, et non en fonction d'un résultat a posteriori (TF 4A_151/2014 du 14.10.2014 c. 6.2, note sous art. 108, A. ; ég. TC/FR du 25.1.2013 [101 2012-51/52] c. 2.b, *ibid.*). Au vu de l'arrêt, il faut admettre qu'au moment du dépôt du mémoire, un prononcé urgent d'*effet suspensif*, sans audition du défendeur, n'était pas absolument exclu. Il était néanmoins hautement improbable : il supposait que le juge d'appel admette la possibilité même d'octroyer l'effet suspensif au prononcé négatif et, en outre, qu'il retienne que l'urgence ne permettait pas d'entendre le défendeur (supra N 5). Un plaideur procédant selon les règles de l'art n'aurait peut-être pas déposé un mémoire préventif dans ces conditions.

9 En revanche, le **risque de mesures superprovisionnelles**, sans audition de la partie adverse, était réel. Au demeurant, les appelants ont effectivement requis le maintien des mesures superprovisionnelles de première instance et le tribunal d'appel a effectivement estimé cette requête recevable, avant de la rejeter. Un mémoire destiné à prévenir ce prononcé n'était donc pas inutile. Certes, le mémoire du défendeur ne visait formellement que l'octroi de l'effet suspensif, et non une éventuelle requête de mesures superprovisionnelles (cf. c. 3.2 de l'arrêt). Cependant, le TF ne s'est pas prononcé sur le grief du recourant, qui semble pourtant soutenable, selon lequel son mémoire préventif devait de bonne foi être interprété comme une opposition à toute forme de mesure analogue à l'effet suspensif (cf. c. 3.3 de l'arrêt). Par ailleurs, un mémoire préventif ne saurait être inutile au seul motif que le **droit d'être entendu** doit en principe être garanti avant le prononcé : un tel mémoire n'est précisément recevable *que* dans les causes où le droit d'être entendu doit en principe être accordé (supra N 5). Le

recourant n'a certes pas démontré clairement et en détail que le juge d'appel aurait pu, *in casu*, accorder l'*effet suspensif* d'urgence, sans l'entendre (c. 3.4.4 de l'arrêt), mais la procédure a montré que ce juge aurait pu prononcer des *mesures superprovisionnelles* équivalant à l'octroi d'urgence de l'effet suspensif. Ainsi, pour le cas où la requête des appelants tendant au maintien de l'ordonnance superprovisionnelle du premier juge n'aurait pas été rejetée d'emblée, le mémoire préventif n'aurait sans doute pas été inutile.

Proposition de citation :

F. Bastons Bulletti in newsletter CPC Online 2022-N16, n°...



Code annoté
www.zpo-cpc.ch

Qu'est-ce que le CPC Online ?

Le CPC Online est un Code de procédure civile annoté et en ligne. Destiné au praticien, il est mis à jour en continu avec la dernière jurisprudence fédérale et cantonale en la matière. Une simple recherche vous permet de trouver rapidement les réponses à vos questions de procédure civile. Pour le tester, rendez-vous sur www.ZPO-CPC.ch/test-gratuit