

**LE RÉGIME DES DÉCISIONS
SUPERPROVISIONNELLES ET
PROVISIONNELLES DU CODE DE
PROCÉDURE CIVILE**

par

Blaise STUCKI
avocat

et

Joël PAHUD
titulaire du brevet d'avocat

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2015 II 1 ss



**LE RÉGIME DES DÉCISIONS
SUPERPROVISIONNELLES ET
PROVISIONNELLES DU CODE DE
PROCÉDURE CIVILE**

par

Blaise STUCKI
avocat

et

Joël PAHUD
titulaire du brevet d'avocat

I. INTRODUCTION

Les mesures provisionnelles ont essentiellement pour fonction d'éviter qu'un préjudice ne soit causé à des droits en litige dans une procédure judiciaire¹. En cela, elles complètent et renforcent le droit d'action armant la prétention. Cela vaut quelle que soit la nature de la mesure (conservatoire, de réglementation ou d'exécution anticipée provisoire)². Les mesures provisionnelles ne sont dès lors justifiées que s'il est vraisemblable que ces droits sont l'objet d'une atteinte, ou risquent de l'être, entre le moment où le juge est saisi et celui où ils sont éventuellement reconnus et elles ne déploient leurs effets que jusqu'au moment où la décision au fond entre en force³.

L'inévitable laps de temps entre la saisine du juge et le prononcé de mesures provisionnelles en procédure contradictoire pourrait suffire à rendre illusoire la protection qu'elles sont censées offrir. Le juge a dès lors le pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles immédiatement,

¹ Introduite, à introduire ou terminée (dans ce dernier cas, elles sont prononcées par le juge de l'exécution en application de l'art. 340 CPC). Conformément à l'art. 263 CPC, les mesures provisionnelles ordonnées avant que l'instance ne soit pendante sont caduques si l'action au fond n'est pas introduite dans le délai imparti par le juge.

² Selon une classification traditionnelle, ATF 136 III 200 consid. 2.3.2 = SJ 2010 I 353; voir également, parmi d'autres: FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome II, 2^e éd. 2010, p. 317.

³ Art. 268 al. 2 CPC, à moins que le tribunal n'ait ordonné leur maintien comme servant l'exécution.

sans avoir au préalable entendu la partie contre laquelle elles sont demandées. Ce sont les mesures dites superprovisionnelles⁴, dont la fonction est d'éviter qu'un préjudice ne soit causé aux droits litigieux entre le moment où le juge est requis d'ordonner des mesures provisionnelles et celui où il statue contradictoirement sur la requête.

L'appellation *mesures* superprovisionnelles est trompeuse. Il s'agit en réalité de mesures provisionnelles prononcées dans une première *décision* qui, elle, est superprovisionnelle. Cette première décision doit nécessairement être remplacée par une seconde décision, après audition de la partie visée. C'est au regard de la décision, non de son objet, que la distinction entre les adjectifs «superprovisionnel» et «provisionnel» prend son sens⁵. Nous préférons ainsi parler, d'une part, de mesure provisionnelle et, d'autre part, de décision superprovisionnelle ou provisionnelle.

Après un bref rappel des conditions au prononcé d'une mesure provisionnelle (II), cette contribution analyse le régime des décisions superprovisionnelles (III) et provisionnelles (IV), ainsi que la transition de l'une à l'autre (V). Elle aborde ensuite les voies de recours (VI) et notamment le pouvoir de l'autorité de recours de suspendre l'exécution (VII) ou d'ordonner des mesures conservatoires (VIII). Elle traite enfin du sort des mesures provisionnelles à l'issue de l'instance de recours (IX).

II. LES CONDITIONS AU PRONONCÉ D'UNE MESURE PROVISIONNELLE

Les conditions d'une mesure, qu'elle fasse l'objet d'une décision superprovisionnelle ou provisionnelle, sont énoncées essentiellement à l'art. 261 CPC: la partie requérante doit prouver, au degré de la vraisemblance, qu'une prétention dont elle est titulaire est l'objet — ou pourrait l'être — d'une atteinte, laquelle lui cause — ou risque de lui causer — un préjudice difficilement réparable.

Une mesure provisionnelle ne peut exister isolément. Elle trouve sa justification dans l'existence d'un litige au fond. Elle naît et meurt avec la procédure dont elle dépend. Il faut donc, en premier lieu, que la partie requérante possède une prétention au fond à l'encontre de la partie visée. Au plan du provisoire, l'examen de cette question est nécessairement superficiel. Sur quoi porte-t-il? Au principal, les parties doivent en règle générale prouver les faits concluants, y compris ceux

⁴ Titre marginal de l'art. 265 CPC.

⁵ La distinction entre décision et mesure a été proposée avant nous, dans un contexte différent, par MARIE NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, 2012.

fondant le droit d'agir⁶. Il n'en va pas différemment au provisoire, si ce n'est que le degré de la preuve est celui de la vraisemblance⁷ et que seules les preuves immédiatement disponibles sont administrées⁸.

Qu'en est-il du droit? Selon la jurisprudence, le juge examine sommairement le bien-fondé juridique de la prétention⁹. Cette affirmation mérite d'être précisée. D'abord, en matière de mesures provisionnelles, la partie requérante ne peut se reposer sur le juge pour déterminer la règle de droit pertinente: elle doit, dans la mineure de son raisonnement, affirmer l'existence d'une prétention, ce qui implique d'alléguer non seulement les faits mais également les éléments de droit qui la fondent¹⁰. Ensuite, l'examen est «sommaire» en ce sens surtout qu'il n'est pas définitif: il ne préjuge pas du fond. Nous verrons qu'il s'agit là d'une caractéristique essentielle des mesures provisionnelles¹¹.

En deuxième lieu, la partie requérante doit rendre vraisemblable que sa prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être. A juste titre, le CPC n'exige pas la démonstration de l'urgence¹². Ce terme, fréquemment utilisé en matière de mesures provisionnelles, est trop restrictif et fait à tort appel à une notion d'immédiateté temporelle. Or, la vraisemblance qu'un acte préjudiciable sera commis avant que le juge du fond n'ait statué définitivement sur la prétention invoquée suffit. En d'autres termes, il s'agit ici d'une probabilité d'occurrence sur une période de temps donnée, qui n'est autre que la durée de la procédure principale¹³.

⁶ Art. 55 CPC.

⁷ Le Tribunal fédéral opère une distinction entre la simple vraisemblance (*die Glaubhaftmachung*) et la vraisemblance prépondérante (*die überwiegende Wahrscheinlichkeit*); voir notamment ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 = SJ 2007 I 449 et les références citées. Dans cette classification, c'est la simple vraisemblance qui prévaut en matière de mesures provisionnelles (arrêts du Tribunal fédéral 5A_608/2011 du 13 décembre 2011 consid. 2 et 5A_132/2013 du 24 mai 2013 consid. 2.2).

⁸ Art. 254 CPC. En procédure sommaire, la maxime inquisitoire n'est applicable que dans certains cas exceptionnels, par exemple en matière de faillite et de concordat, ainsi que dans les procédures relevant de la juridiction gracieuse (art. 255 CPC). Elle l'est également aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC), aux mesures provisionnelles en cas de divorce (art. 276 al. 1 et 277 al. 3 CPC) et aux procédures concernant des enfants en droit de la famille (art. 296 CPC).

⁹ Voir par exemple ATF 131 III 473 consid. 2.3 = SJ 2005 I 517.

¹⁰ Sans qu'il ne soit pour autant nécessaire de prouver le droit: *jura novit curia*. En présence d'un élément d'extranéité, l'application de l'art. 16 LDIP aux litiges soumis à la procédure sommaire fait l'objet d'une controverse doctrinale à laquelle le Tribunal fédéral n'a pas mis fin (voir arrêt du Tribunal fédéral 5A_60/2013 du 27 mai 2013 consid. 3.2.1.2). Voir également, en mainlevée provisoire de l'opposition, ATF 140 III 456 = SJ 2014 I 447.

¹¹ *Infra* p. 5.

¹² *Contra* FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 12 ad art. 261 CPC; THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 10 ad art. 261 CPC (sans explication).

¹³ Voire de la procédure d'exécution (art. 268 al. 2 CPC).

L'acte envisagé doit être de nature à causer un préjudice difficilement réparable. La notion est indéterminée. Un dommage irréparable¹⁴ n'est pas nécessaire et un dommage aisément réparable n'est pas suffisant. Entre ces deux extrêmes, la marge d'appréciation laissée au juge est grande. Faudrait-il limiter le champ des mesures provisionnelles aux cas où l'exécution en nature est essentielle? Nous pensons que non. Un préjudice n'est pas aisément réparable du simple fait qu'il peut l'être par équivalent et il faut admettre qu'un préjudice purement financier peut être difficilement réparable¹⁵.

Probabilité d'occurrence et dangerosité sont les deux facteurs principaux de l'analyse de risque. Le législateur a en outre fixé les niveaux qui doivent être atteints par l'un *et* l'autre: la probabilité d'une atteinte doit être vraisemblable et le préjudice qui en résulterait si elle survenait doit être difficilement réparable. Comme dans l'analyse de risque, ces facteurs doivent être examinés ensemble. La simple possibilité d'une atteinte exclut le prononcé d'une mesure, quand bien même le préjudice en résultant serait difficilement réparable. Il en va de même de la probabilité élevée qu'un acte préjudiciable soit commis si ses conséquences apparaissent aisément réparables. En définitive, le juge doit avoir l'impression¹⁶ que, sans la mesure requise, l'atteinte se produira et causera un préjudice difficilement réparable.

En troisième lieu, la mesure demandée doit être proportionnée au sens large: c'est-à-dire à la fois adéquate, nécessaire et proportionnée (au sens strict)¹⁷. L'adéquation est exprimée par les termes «*propre à*» à l'art. 262 CPC. Elle signifie que la mesure doit permettre d'atteindre le but recherché. L'art. 261 CPC précise quant à lui que le tribunal ordonne les mesures provisionnelles «*nécessaires*», par quoi il faut comprendre que la partie requérante ne doit pas disposer d'un autre moyen, moins préjudiciable aux intérêts de la partie visée. Les mesures provisionnelles peuvent en particulier apparaître superflues lorsque la partie citée fournit des sûretés appropriées¹⁸. Enfin, la mesure doit être proportionnée (au sens strict) au résultat recherché; elle ne doit pas

¹⁴ Au sens par exemple de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

¹⁵ Implicitement, en lien avec l'art. 340b CO, ATF 131 III 473 consid. 3.2 *in fine* = SJ 2005 I 517; dans le même sens, FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome II, 2^e éd. 2010, p. 323.

¹⁶ Selon le Tribunal fédéral, un fait pertinent est rendu vraisemblable lorsque le juge, se fondant sur des éléments objectifs, a l'impression qu'il s'est produit, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 du 9 janvier 2006 consid. 3.2 = SJ 2006 I 371; en matière de séquestre: arrêt du Tribunal fédéral 5A_365/2012 du 17 août 2012 consid. 5.1 non publié in ATF 138 III 636).

¹⁷ THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n^{os} 47 ss ad art. 262 CPC.

¹⁸ Art. 261 al. 2 CPC.

aller au-delà de ce que commande le besoin de protection des intérêts de la partie requérante¹⁹.

Enfin, la mesure sollicitée ne doit pas épuiser le litige au fond. Autrement dit, elle ne saurait causer à la partie visée un préjudice *juridique* irréparable. Dans ce cas, en effet, elle lierait le juge du fond qui ne pourrait, par définition, rendre une décision contraire effective. Des effets *de facto* irréversibles sont en revanche admissibles. L'injonction d'abattre un animal dangereux est irréversible mais pas irréparable. Le juge du fond peut décider que l'ordre donné n'était pas légitime, ouvrant ainsi la voie à l'indemnisation du propriétaire. A l'inverse, l'injonction au mandataire de rendre compte de sa gestion, si elle est faite en mesures provisionnelles, épuise le débat de fond; une fois les comptes consultés, aucune «réparation» n'est envisageable²⁰. Elle cause donc un préjudice juridique irréparable. La consultation des comptes de la société anonyme (art. 958e CO) ne saurait être ordonnée au titre de mesures provisionnelles: une fois les comptes consultés, il n'y a plus de place pour une procédure ordinaire²¹. De même, celui qui se prétend titulaire d'un droit immatériel ne saurait en obtenir la constatation par la voie de mesures provisionnelles mais doit ouvrir action en constatation²². Il en va de même à notre sens du droit d'accès de l'art. 8 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)²³; ce droit ne s'exerce pas par la voie de mesures provisionnelles mais par une action au fond. Il peut en revanche être sauvegardé par des mesures provisionnelles telles que l'interdiction faite au maître du fichier de disposer des données concernant la partie demanderesse.

Ce critère est érigé en condition de recevabilité à l'art. 93 al. 1 LTF. Lorsqu'il qualifie une décision provisionnelle de «décision incidente» au sens de cette disposition²⁴, le Tribunal fédéral n'entre en matière

¹⁹ Sur ces trois aspects, avec des exemples et de nombreuses références: RALPH SCHLOSSER, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, sic! 2005 p. 339, 350-352.

²⁰ ATF 138 III 728 consid. 2.7.

²¹ ATF 120 II 352 consid. 2b = SJ 1995 p. 301, rendu en lien avec l'art. 697h aCO auquel l'art. 958e CO a succédé au 1^{er} janvier 2013.

²² Jugement du Tribunal fédéral des brevets S2012_005 du 13 juin 2012 consid. 11.1, in sic! 2012 p. 734. On peut d'ailleurs penser que la solution doit être généralisée: la constatation d'un droit ne peut être obtenue que par une action au fond (art. 88 CPC) et non par voie de mesures provisionnelles.

²³ RS.235.1.

²⁴ Sur la distinction entre décision finale et décision incidente s'agissant des décisions de mesures provisionnelles: BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n^{os} 11 et 11a ad art. 90 LTF. Voir également ATF 134 I 83. Le considérant 3.1 *in fine* de cet arrêt doit être relativisé. En effet, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral «n'admet plus qu'une décision en matière de mesures provisionnelles entraîne de par sa nature un préjudice juridique irréparable; elle exige au contraire que la partie recourante fournisse des indications topiques sur ce point» (arrêts du Tribunal fédéral 4A_9/2013 du 18 juin 2013 consid. 6 et 5A_122/2014 du 2 mai 2014 consid. 1.1).

sur un recours en matière civile qu'à la condition que la décision attaquée soit de nature à causer un préjudice irréparable. Selon le Tribunal fédéral, «un préjudice irréparable n'est réalisé que lorsque la partie recourante subit un dommage qu'une décision favorable sur le fond ne fera pas disparaître complètement; il faut en outre un dommage de nature juridique, tandis qu'un inconvénient seulement matériel, résultant par exemple d'un accroissement de la durée et des frais de la procédure, est insuffisant»²⁵. En somme, le juge du provisoire ne saurait rendre une décision déclarative ou constitutive de droit.

III. LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES DE LA DÉCISION SUPERPROVISIONNELLE

Le prononcé d'une mesure provisionnelle par décision superprovisionnelle n'est possible qu'à des conditions supplémentaires particulières. Aux termes de l'art. 265 al. 1 CPC, le juge peut statuer immédiatement sur la requête de mesures provisionnelles, sans entendre la partie visée, «[e]n cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à [l']exécution». C'est donc l'urgence particulière qui justifie l'atteinte au principe fondamental du contradictoire. Cette atteinte doit être la plus brève possible, la partie visée devant ensuite être entendue, oralement ou par écrit, sans délai et le juge devant ensuite statuer sans délai²⁶.

Le pouvoir conféré au juge d'ordonner une mesure sans avoir entendu la partie visée et le droit des justiciables de requérir un tel prononcé²⁷ ont pour objectif d'éviter qu'un préjudice ne soit causé aux droits en litige entre le moment où le juge est requis d'ordonner des mesures provisionnelles et celui où il statue contradictoirement. Il faut donc — et il suffit — pour justifier un prononcé immédiat que le risque qu'une atteinte survienne avant la décision provisionnelle apparaisse vraisemblable. Il ne s'agit pas d'une immédiateté temporelle, comme le suggère l'expression «urgence particulière» employée à l'art. 265 al. 1 CPC, mais d'une probabilité d'occurrence dans un laps de temps donné, qui est cette fois celui nécessaire au prononcé de la décision provisionnelle.

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2014 du 7 mars 2014 consid. 4; ATF 137 III 380 consid. 1.2.1 = SJ 2012 I 73; 134 III 188 consid. 2.2; 137 III 324 consid. 1.1; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 4A_9/2013 du 18 juin 2013 consid. 4 et 5A_122/2014 du 2 mai 2014 consid. 1.1.

²⁶ Art. 265 al. 2 CPC.

²⁷ En dépit de la formulation ambiguë de l'art. 265 al. 1 CPC, la maxime de disposition s'oppose selon nous à ce que le juge statue par décision superprovisionnelle s'il n'a pas été saisi d'une conclusion dans ce sens. En revanche, dans les rares hypothèses où la maxime d'office est applicable (par exemple art. 303 CPC), le juge a selon nous le pouvoir de rendre une décision superprovisionnelle sans en avoir été requis s'il constate que les conditions d'un tel prononcé sont remplies.

Selon nous, l'urgence particulière doit résulter de circonstances objectives. Il faudrait dès lors retenir que cette condition n'est pas réalisée lorsque la partie requérante a tardé à saisir le juge, par négligence ou volontairement, pour empêcher la partie adverse de faire valoir ses moyens²⁸. A titre d'exemple, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale ne devrait pouvoir être obtenue *ex parte* que si la partie requérante n'était pas en mesure d'agir suffisamment tôt pour l'obtenir par décision provisionnelle ou, si elle l'était, s'il apparaissait évident que le juge ne pourrait pas statuer contradictoirement en temps utile²⁹. Si on ne pourra guère faire grief à un plaideur de requérir par précaution une décision superprovisionnelle, le refus du juge de la prononcer alors qu'il sait que la décision provisionnelle interviendra trop tard ou, inversement, sa décision de l'ordonner sans entendre la partie visée alors que la partie requérante a, sans raison, tardé à agir, apparaissent critiquables.

Le risque d'entrave à l'exécution n'est pas un cas d'urgence à proprement parler. C'est ici l'efficacité de la mesure qui est en jeu: si la partie visée apprenait qu'une mesure provisionnelle a été requise, elle pourrait prendre des dispositions en vue de se soustraire à l'exécution. Autrement dit, le caractère non contradictoire de la procédure est justifié par la considération que la mesure demandée ne sera efficace que si elle est ordonnée (et exécutée) à l'insu de la partie visée³⁰. Il s'agit d'un cas de figure distinct de l'urgence (telle que nous l'avons définie): le risque d'entrave à l'exécution n'implique pas nécessairement l'urgence temporelle même si dans la majorité des cas les deux iront de pair. A l'art. 265 al. 1 CPC, il faut donc lire «en cas d'urgence particulière *ou* s'il y a un risque d'entrave à l'exécution».

L'atteinte au principe du contradictoire est circonstancielle³¹. Certaines circonstances — l'urgence particulière ou le risque d'entrave à l'exécution — justifient un prononcé *ex parte* mais le système tend à revenir aussi rapidement que possible à son état d'équilibre. Que la partie requérante ait pris une conclusion en ce sens ou non, la loi impose au juge qui a prononcé une mesure provisionnelle sans entendre la partie adverse de citer «sans délai» les parties à une audience ou

²⁸ Dans le même sens, LUCIUS HUBER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd. 2013, n° 9 ad art. 265 CPC, avec des références.

²⁹ La pratique judiciaire montre toutefois que les plaideurs craignent généralement qu'une audience ne puisse intervenir dans le délai de quatre mois suivant l'achèvement des travaux (art. 839 al. 2 CC) même lorsqu'ils font preuve de toute la célérité requise et qu'ils concluent dès lors systématiquement, «par sécurité», à ce que l'inscription soit d'abord ordonnée *ex parte*.

³⁰ Le texte italien de l'art. 265 al. 1 CPC l'exprime peut-être plus clairement que les textes allemand et français: «*se il ritardo nel procedere rischia di rendere vano l'intervento*».

³¹ Elle est structurelle dans le cas du séquestre des art. 271 et ss LP.

de donner un délai à la partie visée pour se prononcer par écrit³². La procédure devient contradictoire de façon automatique.

IV. L'EXAMEN DU JUGE ET LE SORT DE LA CONCLUSION TENDANT AU PRONONCÉ D'UNE DÉCISION SUPERPROVISIONNELLE

L'affirmation selon laquelle le juge devrait se montrer plus exigeant dans l'examen des conditions d'une mesure provisionnelle lorsqu'il statue *ex parte* doit être nuancée. Soit les conditions de la mesure sont réalisées, soit elles ne le sont pas et la vraisemblance est un degré de preuve unique. L'absence de contradiction prive en revanche le juge de l'apport intellectuel de thèses qui s'affrontent. C'est à cela qu'il lui faut palier, ce qui implique non pas de se montrer plus exigeant mais plus circonspect³³. Dans ce contexte, l'obligation de rapporter la preuve par titres³⁴, le devoir de procéder de bonne foi³⁵, qui exige selon nous de la partie requérante qu'elle dévoile tous les faits pertinents³⁶, la fourniture de sûretés³⁷ et l'obligation de réparer le dommage résultant d'une décision qui s'avérerait injustifiée³⁸ constituent des garde-fous.

Requis de rendre une décision superprovisionnelle, le juge doit d'abord vérifier que les conditions de la mesure provisionnelle sollicitée sont réunies. Dans l'affirmative, il se demandera si l'urgence particulière ou le risque d'entrave à l'exécution l'autorisent à statuer immédiatement. Dans l'affirmative encore, il prononcera la mesure demandée et convoquera les parties à une audience ou impartira à la partie visée un délai pour se déterminer³⁹.

³² Art. 265 al. 2 CPC.

³³ L'absence d'adversaire est l'un des points communs avec la procédure gracieuse. Or, en la matière, le juge est investi de pouvoirs supplémentaires, notamment celui d'établir les faits d'office (art. 255 CPC).

³⁴ Art. 254 CPC.

³⁵ Art. 52 CPC.

³⁶ Dans le même sens: THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 17 ad art. 265 CPC; FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n°7 ad art. 265 CPC; sur la portée de ce devoir pour les avocats, BOHNET / MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, pp. 1301 ss.

³⁷ Art. 264 al. 1 CPC.

³⁸ Art. 264 al. 2 CPC.

³⁹ Art. 265 al. 2 CPC. La pratique consistant à systématiquement impartir un délai pour répondre par écrit et convoquer une audience nous paraît difficilement conciliable avec le texte de l'art. 265 al. 2 CPC et l'objectif de célérité que devrait poursuivre la procédure sommaire. Cette pratique devrait selon nous être réservée à des cas particulièrement complexes pour lesquels la double possibilité de se déterminer paraît nécessaire pour garantir le respect du droit d'être entendu. En toute hypothèse, l'art. 265 al. 2 CPC ne consacre aucun *droit* à une double détermination (écrite et orale).

Si au contraire la requête paraît manifestement irrecevable ou infondée, le juge peut la rejeter entièrement sans avoir donné à la partie visée l'occasion de se déterminer⁴⁰. Il notifie alors sa décision à la seule partie requérante et la procédure prend fin devant lui⁴¹.

Qu'en est-il si la requête n'apparaît pas manifestement irrecevable ou infondée mais que, pour autant, l'existence des faits pertinents, ou de certains d'entre eux, n'a pas été prouvée au degré de la vraisemblance? Ou si les conditions d'une mesure provisionnelle sont réalisées mais qu'il semble au juge que l'urgence particulière ou le risque d'entrave à l'exécution doivent être niés? Dans une telle situation, le juge ne peut pas faire application de l'art. 253 CPC pour rejeter la requête. Il ne peut pas non plus ordonner la mesure par décision superprovisionnelle, un tel prononcé exigeant que les conditions ordinaires de la protection provisionnelle, ainsi que les conditions supplémentaires de l'art. 265 al. 1 CPC, soient réalisées. Doit-il dès lors communiquer la requête à la partie visée pour qu'elle se détermine puis statuer contradictoirement?

La réponse doit être négative. Une telle requête comprend deux chefs distincts de conclusion, tendant au prononcé d'une mesure provisionnelle par décision superprovisionnelle⁴² puis par décision provisionnelle. Or, le juge a l'obligation de statuer sur tous les chefs de conclusion dont il est saisi, même si c'est pour refuser d'entrer en matière, et de rendre une décision motivée «*afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle*»⁴³. Il en va, d'une part, de l'interdiction du déni de justice formel⁴⁴ et, d'autre part, du droit d'être entendu⁴⁵. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'art. 29 al. 2 Cst trouve application dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisionnelles⁴⁶. En raison de la nature des mesures provisionnelles, le droit d'être entendu n'a toutefois pas la même portée que s'agissant d'une procédure au fond;

⁴⁰ Art. 253 CPC *a contrario*.

⁴¹ STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2^e éd. 2013, p. 433 *in fine*; *contra* FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 17 ad art. 265 CPC, pour qui la décision doit être notifiée. Sur la possibilité de recourir contre la décision de refus, *infra* sections VI et VIII. La requête peut également être renouvelée en présence d'éléments nouveaux.

⁴² Dont le contenu peut être différent de la décision provisionnelle.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 5D_211/2011 du 30 mars 2012 consid. 4.1 non publié in ATF 138 III 378.

⁴⁴ Art. 29 al. 1 Cst. ATF 135 I 6 consid. 2.1; 134 I 229 consid. 2.3.

⁴⁵ Art. 29 al. 2 Cst. Arrêt du Tribunal fédéral 4P.313/2005 du 27 février 2006 consid. 2.1, avec des références.

⁴⁶ ATF 139 I 189 consid. 3.1, avec des références.

ainsi, par exemple, le droit à la réplique peut-il être limité⁴⁷. Cela étant, le juge qui aurait acquis la conviction que la mesure provisionnelle sollicitée ne peut être ordonnée immédiatement et qui se contenterait de communiquer la requête à la partie visée sans avoir rendu une décision motivée constatant son refus de statuer par décision superprovisionnelle violerait ces dispositions constitutionnelles⁴⁸.

La jurisprudence fédérale selon laquelle le refus d'ordonner une mesure superprovisionnelle ne peut en principe pas faire l'objet d'un recours cantonal, ni d'un recours au Tribunal fédéral⁴⁹, nous paraît en outre contestable. Certes, le Tribunal fédéral a introduit une exception à cette règle, soit le cas où un tribunal refuse d'ordonner des mesures sans audition de la partie visée en dépit du fait que sa décision contradictoire sera nécessairement tardive et n'aura plus d'objet une fois rendue, en d'autres termes lorsque *«on ne peut attendre que [la décision de refus] soit remplacée par des mesures provisionnelles»*⁵⁰. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le requérant doit pouvoir recourir au tribunal cantonal supérieur, puis le cas échéant au Tribunal fédéral, contre le refus du juge de suspendre la poursuite (art. 85a LP) par décision superprovisionnelle, lorsque l'audience de faillite a été fixée à une date plus proche que celle retenue par le juge pour l'audience sur mesures provisionnelles⁵¹. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a réservé l'hypothèse de la décision superprovisionnelle de refus d'une inscription provisoire d'hypothèque légale (art. 961 al. 3 CC), *«car le requérant court le risque de la péremption de son droit si l'inscription n'est pas opérée au journal du registre foncier dans le délai légal (art. 839 al. 2 CC)»*⁵².

47 ATF 139 I 189 consid. 3.5.

48 Dans le même sens, s'agissant de l'obligation de motiver: arrêt du Tribunal fédéral 5P.144/2003 consid. 2. Dans une affaire JP13.007370, la Chambre patrimoniale du canton de Vaud est allée jusqu'à notifier immédiatement une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à la partie visée en lui fixant un délai *«pour [se] déterminer sur les conclusions prises à titre de mesures superprovisionnelles uniquement»*. Il va sans dire que cette approche, certainement isolée, est contraire à la loi.

49 ATF 137 III 417. Par le passé pourtant, le Tribunal fédéral était entré en matière dans un cas au moins sur un recours dirigé contre une décision refusant des mesures superprovisionnelles. Il avait d'ailleurs admis le recours (arrêt du Tribunal fédéral 5P.144/2003 du 5 mai 2003). Rien dans cet arrêt ne permettait de penser qu'il s'agissait-là d'une exception à un «principe» d'exclusion du recours, qui n'y est pas mentionné.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_473/2012 du 17 août 2012 consid. 1.2.3.

51 Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_712/2008 du 2 décembre 2008, rendu avant l'entrée en vigueur du CPC mais confirmé par la suite (arrêt du Tribunal fédéral 5A_473/2012 du 17 août 2012 consid. 1.2.2 et 1.2.3).

52 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_508/2012 du 28 août 2012 consid. 3.1 = SJ 2013 I 33, et les références citées.

La motivation de ces arrêts est critiquable. Dans les deux cas, «l'urgence» résultait soit du retard des plaideurs, soit de la lenteur des tribunaux. L'ouverture d'une voie de recours ne devrait pas reposer sur la seule nécessité de pallier l'incurie des premiers ou la surcharge des seconds. D'un côté, il appartient à celui qui requiert l'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'agir diligemment pour qu'elle puisse intervenir dans le délai de l'art. 839 al. 2 CC. D'un autre, le juge qui refuse de prononcer l'inscription à titre superprovisionnel estime, mais doit également s'assurer, que l'inscription ordonnée contradictoirement pourra intervenir en temps utile. Au surplus, dans l'affaire concernant la suspension de la poursuite, la fixation de la date d'audience sur mesures provisionnelles à une date postérieure à celle de la date de l'audience de faillite constituait à notre sens un fait nouveau justifiant une nouvelle requête⁵³.

Selon nous, ce que le Tribunal fédéral voit comme l'exception devrait ainsi être la règle⁵⁴. Le refus d'ordonner une mesure provisionnelle par décision superprovisionnelle est susceptible de rendre sans objet la procédure de mesures provisionnelles, voire le procès au fond, s'il conduit à la disparition de l'objet du litige. L'exercice par le juge de son pouvoir d'appréciation — du caractère particulièrement urgent ou du risque d'entrave à l'exécution — devrait dès lors pouvoir faire l'objet d'un contrôle par une autorité de recours. C'est d'ailleurs la solution retenue en matière de séquestre, où la loi et la jurisprudence tiennent compte des intérêts divergents des parties selon une approche qui a fait ses preuves⁵⁵. Pour le surplus, le CPC ne contient aucune

⁵³ Le requérant a précisément déposé une telle requête. Celle-ci a été rejetée, ce qui est une issue possible (arrêt 5P.69/2003 du 4 avril 2003 consid. 5.3.1) mais suppose au moins une motivation, absente dans la décision qui a été portée devant le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral précité 5A_712/2008, consid. 2.3).

⁵⁴ Dans ce sens également: REETZ / THEILER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n° 34 ad art. 308 CPC (p. 2096); FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, Revue Jurassienne de jurisprudence 2008, pp. 302 s; URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, n° 31 ad art. 308 CPC; RAINER SCHUMACHER, Revue suisse de procédure civile 2012/2, p. 188 (en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs); nuancé: BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, p. 152. Plusieurs auteurs se prononcent au contraire pour l'exclusion de toute voie de recours contre les décisions superprovisionnelles, parfois sans distinguer l'hypothèse où la mesure est accordée de celle où elle est refusée.

⁵⁵ La procédure d'autorisation de séquestre se déroule *ex parte* sur requête du créancier. Elle aboutit à l'ordonnance de séquestre. En cas de refus, le requérant peut recourir, unilatéralement, et le débiteur n'est pas informé. En cas d'autorisation, la mesure est exécutée *ex parte*, ce qui garantit l'effet de surprise, et le débiteur peut provoquer un débat contradictoire en formant opposition.

disposition qui exclurait un recours⁵⁶ contre le refus du juge d'ordonner une mesure provisionnelle par décision superprovisionnelle⁵⁷.

Si un tel recours est rejeté ou déclaré irrecevable, le requérant peut selon nous recourir au Tribunal fédéral pour autant que les conditions de recevabilité, en particulier la valeur litigieuse minimale, soient réunies. La décision de l'autorité cantonale supérieure doit être qualifiée de décision finale au sens de l'art. 90 LTF car elle empêche définitivement le requérant d'obtenir une décision sur son droit à des mesures *ex parte*⁵⁸. Un recours direct au Tribunal fédéral contre la décision superprovisionnelle de refus rendue par le premier juge est exclu⁵⁹, sauf si celui-ci a statué comme instance cantonale unique⁶⁰.

On pourrait rétorquer que l'autorité cantonale de recours, ou le Tribunal fédéral, ne pourront pas rendre une décision en temps utile⁶¹. D'abord, le fait qu'une voie de recours puisse se révéler sans objet dans certaines situations n'implique pas pour autant qu'elle ne doive pas exister. Ensuite, l'argument n'a de sens que s'il s'agit d'une véritable urgence temporelle⁶². En présence d'un risque d'entrave à l'exécution, la partie requérante préférera souvent renoncer à saisir le juge plutôt que de risquer d'alerter la partie visée. Dans ce contexte, l'obtention de la mesure revêt très souvent une plus grande importance que le moment auquel elle est ordonnée. Il faut également rappeler que les autorités de recours, y compris le Tribunal fédéral, ont le pouvoir d'ordonner des

⁵⁶ On vise ici tant l'appel que le recours selon la distinction opérée par le CPC. Sur cette distinction, *infra* section VI.

⁵⁷ Dans le même sens, quoiqu'il se range à l'opinion favorable à l'exclusion du recours, JOHANN ZÜRCHER, in Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 2011, n°12 ad art. 265 CPC.

⁵⁸ Dans le même sens, arrêt du Tribunal fédéral 5A_76/2007 du 30 mai 2007 consid. 2.1. Le considérant 2.2 est étrange en tant qu'il indique que la décision a été rendue «après une première audition des époux». A la lecture de la partie en fait de l'arrêt, on constate que le juge de première instance avait entendu les parties le 8 janvier 2007 et rendu le même jour une décision refusant des mesures provisionnelles. L'épouse avait alors introduit une nouvelle requête superprovisionnelle le 20 janvier 2007 sur la base d'éléments nouveaux et il semble qu'elle seule (et son conseil) aient été entendus le 5 février 2007, jour auquel la décision attaquée au Tribunal fédéral a été rendue. Dogmatiquement, il s'agissait donc bien d'une décision superprovisionnelle. Quoi qu'il en soit, le considérant 2.1 semble tenir pour acquis que le refus d'une mesure «préprovisoire urgente» est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. Voir également, en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, RAINER SCHUMACHER, Revue suisse de procédure civile 2012/2, p. 189.

⁵⁹ Art. 75 al. 1 et 2 LTF.

⁶⁰ Art. 5 à 8 CPC et 75 al. 2 LTF.

⁶¹ Le paiement qu'il s'agissait d'interdire provisoirement aura été effectué, les données dont il s'agissait d'empêcher la communication à l'étranger auront quitté le territoire suisse, les produits alimentaires pour lesquels le producteur souhaitait faire inscrire une réserve de propriété auront été vendus et consommés, etc.

⁶² Il ne se vérifie d'ailleurs pas nécessairement: voir par exemple la célérité avec laquelle le Tribunal fédéral a traité le recours dans l'affaire 5A_473/2012 (arrêt du 17 août 2012).

mesures conservatoires, le cas échéant par décision superprovisionnelle, sitôt qu'elles ont été saisies⁶³. Dans tous les cas, c'est à la partie requérante qu'il appartient d'apprécier l'opportunité d'un recours.

Il importe, pour conserver son objet à la procédure, que la décision superprovisionnelle refusant une mesure provisionnelle ne soit notifiée qu'à la partie requérante⁶⁴. Rien ne s'y oppose dès lors que, dans cette hypothèse, seuls les droits de cette dernière sont affectés. Le recours doit en outre être instruit en procédure unilatérale⁶⁵, à l'instar de ce qui prévaut en matière de séquestre⁶⁶. Il en va de même devant le Tribunal fédéral. On rappellera que le recours unilatéral n'est pas exceptionnel. Il est la règle en matière de juridiction gracieuse, dont la caractéristique principale, qu'elle partage avec la juridiction superprovisionnelle, est l'absence d'adversaire.

Pour autant, le premier juge n'est pas dessaisi de la conclusion tendant au prononcé d'une mesure provisionnelle. L'art. 265 al. 2 CPC ne s'oppose cependant pas à ce qu'il sursoie à communiquer la requête de mesures provisionnelles à la partie visée jusqu'au terme du délai d'appel ou de recours, voire si un appel ou un recours a été formé, jusqu'à ce que l'autorité supérieure, et le cas échéant le Tribunal fédéral, aient statué. Selon nous, en effet, cette disposition ne s'applique que dans l'hypothèse où le juge a *prononcé* la mesure provisionnelle requise. Tel était déjà le cas de l'art. 280 de l'avant-projet⁶⁷. Présentant cette disposition, le rapport explicatif de la commission d'experts ne paraît envisager que l'hypothèse où des mesures sont prononcées sans audition de la partie visée: «[e]n même temps qu'il ordonne la mesure superprovisionnelle, le tribunal impartit un délai à la partie adverse pour se prononcer. (...) A l'échéance de ce délai, soit à un moment où il connaît aussi le point de vue de la partie adverse, le tribunal statue sur la mesure provisionnelle proprement dite,

⁶³ Cf. *infra* section VIII. L'arrêt cité à la note de bas de page précédente parle d'«effet suspensif» (lettre E). Toutefois, lorsqu'un recours est dirigé contre une décision de refus, seules des mesures conservatoires entrent en compte (cf. *infra* section VIII). Il s'agissait en l'occurrence d'ordonner la suspension d'une poursuite jusqu'à droit connu sur le recours.

⁶⁴ URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, *Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde*, 2013, n°31 ad art. 308 CPC.

⁶⁵ Dans ce sens: REETZ / THEILER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd. 2013, n° 34 ad art. 308 CPC.

⁶⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 5A_508/2012 du 28 août 2012; 5A_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 4; 5P.334/2006 du 4 septembre 2006 consid. 3.

⁶⁷ A teneur de l'art. 280 de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (2003): «(1) En cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque de collision, le tribunal peut ordonner provisoirement des mesures provisionnelles à réception de la requête et sans entendre la partie adverse. (2) Il impartit en même temps à la partie adverse un bref délai pour se prononcer et statue ensuite sur la requête».

qui remplace alors la mesure superprovisionnelle. (...) La partie adverse n'a ainsi aucun moyen de recourir contre la mesure superprovisionnelle — en particulier aucune possibilité de faire opposition»⁶⁸. Le rapport n'évoque pas l'hypothèse du refus des mesures par décision superprovisionnelle.

L'art. 280 de l'avant-projet est devenu l'art. 261 du projet, dont la teneur est identique à celle de l'art. 265 CPC sous réserve de quelques ajustements stylistiques. La même impression se dégage du Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi et du rapport explicatif avant lui: «Les mesures super-provisionnelles ordonnées ne sont pas sujettes à recours en tant que telles. La partie adverse sera plutôt invitée à se déterminer au moment du prononcé de la mesure ou de son exécution (al. 2). La partie adverse n'a donc pas besoin d'interjeter un recours pour faire part de son avis, il lui suffit de s'adresser directement — oralement ou par écrit — à la juridiction concernée. Le droit d'être entendu lui est donc garanti a posteriori. Le tribunal statue ensuite sans délai sur les mesures provisionnelles; sa décision peut être attaquée par la voie de l'appel ou du recours limité au droit»⁶⁹. Ici encore et malgré les suggestions formulées par certains participants à la procédure de consultation⁷⁰, l'hypothèse du refus des mesures superprovisionnelles n'est pas évoquée.

Lorsque le délai de recours est échu sans avoir été utilisé, que le requérant déclare renoncer à faire appel ou recourir ou que l'appel ou le recours est retiré, la requête de mesures provisionnelles est communiquée à la partie visée⁷¹, à moins que la partie requérante ne l'ait retirée dans l'intervalle. En cas d'admission du recours, le premier juge devra statuer à nouveau par décision superprovisionnelle, ou si

⁶⁸ Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, 2003, p. 134.

⁶⁹ FF 2006 6963 s.

⁷⁰ Le canton d'Obwald avait formulé la remarque suivante: «Es sollte klargestellt werden, ob der Rekurs, allenfalls die Beschwerde oder gar kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen bzw. die Abweisung eines Gesuchs um superprovisorische Massnahmen gegeben ist» (Classement des réponses à la procédure de consultation, 2004, p. 695). Ni le projet, ni le Message, ne répondent expressément à cette demande. De son côté, la *Fachgruppe ZPO/SchKG der Advokatenkammer Basel und der ASA-Lokalgruppe Basel für das Schiedsverfahren* avait émis une proposition restée également sans suite apparente: «Nicht geregelt wird die umstrittene Frage, ob der Gesuchsablehnung eine Art 'Rechtsbeständigkeit' zukommen kann, oder ob der Gesuchssteller seine superprovisorische Massnahme Tags darauf dem nächsten Richter (am selben Ort oder anderswo) vorlegen kann, ohne dass neue Umstände eingetreten wären. Ein Rekurs kann sich m.E. nur gegen einen im kontroversen Verfahren erlangten Massnahmeentscheid richten; es sollte womöglich deshalb festgehalten werden, dass der Entscheid über eine superprovisorische Massnahme a) nicht Gegenstand eines Rekurses sein kann, b) aber das Gesuch, falls abgelehnt, wiederholt werden kann» (Classement des réponses, p. 695).

⁷¹ REETZ / THEILER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n°34 ad art. 308 CPC.

sa décision a été réformée et une mesure provisionnelle ordonnée par l'autorité de recours, communiquer la requête à la partie visée et convoquer une audience ou impartir à cette dernière un délai pour répondre par écrit.

Si l'on devait considérer, avec le Tribunal fédéral, qu'une voie de recours n'est ouverte contre la décision superprovisionnelle refusant la mesure provisionnelle sollicitée que dans certains cas exceptionnels, voire même que ce refus ne doit pas être constaté dans une décision écrite et notifiée dans les formes, il faudrait selon nous retenir que le juge doit au moins communiquer sa décision à la partie requérante, le cas échéant oralement, avant de transmettre la requête à la partie visée⁷². La partie requérante aurait ainsi la possibilité de retirer sa requête avant communication à la partie visée et la décision constatant le retrait et déclarant la procédure sans objet ne devrait être notifiée qu'à la seule partie requérante⁷³. A notre avis, c'est là la seule manière de préserver les intérêts en cause lorsqu'un risque d'entrave à l'exécution est invoqué, étant rappelé que les droits de la partie visée ne sont pas touchés aussi longtemps qu'une mesure provisionnelle n'est pas ordonnée.

Lorsqu'un risque d'entrave à l'exécution est invoqué, il est permis de se demander si la deuxième conclusion, tendant au prononcé d'une décision provisionnelle, ne porte pas en elle la condition implicite et résolutoire du prononcé préalable de la mesure provisionnelle par décision superprovisionnelle. Autrement dit, la partie requérante demande que la procédure ne devienne contradictoire que si la mesure provisionnelle a été ordonnée à titre superprovisionnel. Dans tous les cas, les plaideurs seraient bien avisés de le préciser⁷⁴.

V. DE LA DÉCISION SUPERPROVISIONNELLE À LA DÉCISION PROVISIONNELLE

Lorsqu'une partie ne se limite pas à requérir des mesures provisionnelles mais conclut à ce que le juge statue dans un premier temps sans entendre la partie adverse, deux décisions se succèdent en principe dans le temps: la décision superprovisionnelle et la décision provisionnelle.

⁷² Une telle pratique était répandue avant l'entrée en vigueur du CPC, notamment à Genève. Elle trouve du soutien en doctrine sous l'égide du CPC également (STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd. 2013, p. 434).

⁷³ *Contra* décision de l'Obergericht du canton de Zurich du 15 juin 2011, VR110002, *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (ZR), 110/2011 n. 46, p. 124.

⁷⁴ Hormis les cas où il statue d'office, le juge est lié par les conclusions des parties, qui forment le cadre des débats. Les conclusions pourraient être formulées ainsi: «1. A titre superprovisionnel, faire interdiction [...]. 2. A titre provisionnel, si la mesure demandée a été ordonnée à titre superprovisionnel, faire interdiction [...]».

La décision provisionnelle se substitue à la décision superprovisionnelle⁷⁵. Peu importe qu'elle la confirme, entièrement ou partiellement, ou qu'elle l'infirme. La décision superprovisionnelle cesse d'exister au moment de la communication aux parties de la décision provisionnelle; elle est caduque et *ne saurait renâître*⁷⁶. Il en va de la nature et de la fonction de cette décision: prononcée sans audition de la partie visée et destinée à garantir la protection immédiate des droits en litige, elle perd toute raison d'être dès qu'une décision contradictoire a pu être rendue⁷⁷, au même titre que, sauf exception, l'entrée en force du jugement au fond rend la décision provisionnelle caduque⁷⁸. Si elle est rendue *ex parte* c'est parce qu'on ne saurait attendre la détermination de la partie citée («*urgence particulière*») ou que l'exécution risquerait d'être compromise si la partie citée était prévenue («*entrave à l'exécution*»).

Il est en particulier erroné de considérer que les effets de la décision superprovisionnelle perdurent tant que la décision provisionnelle n'est pas entrée en force de chose jugée formelle. D'abord, selon la conception défendue ici, une telle situation n'est pas susceptible de se produire puisque les décisions provisionnelles entrent toutes en force immédiatement, qu'elles soient sujettes à appel ou à recours⁷⁹. Ensuite, même à retenir que l'appel suspend l'entrée en force de la décision provisionnelle, on ne saurait faire prévaloir la décision rendue sur le seul fondement de la requête sur celle rendue ultérieurement par un juge mieux informé, au terme d'un débat contradictoire. On n'imaginerait pas que la décision dite urgente continue de produire

⁷⁵ ATF 139 III 86 consid. 1.1.1, premier paragraphe; arrêt du Tribunal fédéral 5A_554/2014 du 21 octobre 2014 consid. 3.2; THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 44 ad art. 265 CPC; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in Oberhammer / Domej / Haas, Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2014, n° 6 ad art. 265 CPC; ANDREAS GÜNGERICH, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, 2012, n° 15 ad art. 265 CPC.

⁷⁶ Nous le verrons, le Tribunal fédéral suit actuellement une autre approche (arrêt 4A_178/2011 du 28 juin 2011 consid. 4, non publié in ATF 137 III 324; ATF 139 III 86 consid. 1.1.1, dernier paragraphe; arrêt du Tribunal fédéral 4A_160/2013 du 21 août 2013).

⁷⁷ La Cour de justice de Genève l'a fait remarquer à juste titre dans un arrêt rendu sous l'égide de la LPC, SJ 1984 p. 261, ajoutant que la décision sur mesures superprovisionnelles ne «*saurai[t] revivre sous aucun prétexte*». Le Tribunal fédéral semblait suivre une approche semblable dans un arrêt rendu en lien avec les art. 381 et 382 LPC (arrêt 5A_473/2010 du 23 juillet 2010 consid. 1.2): «*(...) Le juge des mesures provisionnelles statuera sur les mesures provisoires requises, sans être lié d'aucune sorte par la décision préprovisionnelle. Mieux informé que le juge ayant statué, il pourra prendre d'autres dispositions sur les objets litigieux: dans ce cas, sa décision se substituera à celle rendue en urgence, laquelle n'aura dès lors plus d'existence*».

⁷⁸ Art. 268 al. 2 CPC.

⁷⁹ Cf. *infra* pp. 20-21.

ses effets au cours de la procédure d'appel, voire plus longtemps si l'autorité d'appel décidait de renvoyer la cause au premier juge (puisque une décision cassatoire n'entre pas en force de chose jugée formelle⁸⁰). La question ne se pose pas en recours puisqu'il n'est pas contesté que les décisions sur mesures provisionnelles sujettes à recours entrent en force dès leur communication aux parties⁸¹.

On peut lire que les décisions ordonnant des mesures provisionnelles sont revêtues d'une autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*) limitée. Il nous semble plus judicieux de parler d'autorité de chose jugée au provisoire. On en déduit, d'une part, que la décision superprovisionnelle et la décision provisionnelle n'ont pas d'autorité de la chose jugée *au principal*: autrement dit, elles sont sans préjudice du jugement à rendre au fond. Le juge saisi au principal n'est pas lié par la décision superprovisionnelle ou provisionnelle, qu'il peut avoir lui-même rendue. Il peut admettre la vraisemblance d'une atteinte à un droit au stade des mesures provisionnelles avant de la nier au stade du débat de fond. On en déduit, d'autre part, que la décision superprovisionnelle et la décision provisionnelle sont revêtues de l'autorité de chose jugée *au provisoire*: en l'absence de faits nouveaux, une partie ne peut requérir la même mesure que celle qui lui a précédemment été refusée, pas plus qu'elle ne peut requérir la modification ou la révocation d'une mesure ordonnée⁸². Si les circonstances changent, par contre, la décision superprovisionnelle ou provisionnelle est sujette à modification ou à révocation.

Il est une autre limite, temporelle celle-ci, à l'autorité de chose jugée de la décision superprovisionnelle et de la décision provisionnelle. Contrairement au jugement au fond, qui modifie durablement une situation juridique, la mesure provisionnelle ne le fait que pour le temps nécessaire à l'adjudication définitive du litige au fond, respectivement, lorsqu'elle est prononcée par décision superprovisionnelle, pour le temps nécessaire au prononcé d'une décision contradictoire. Si elle ne l'a pas déjà fait, la partie requérante doit saisir le tribunal compétent au fond dans le délai qui lui était imparti, sous peine de caducité des mesures⁸³. En outre, comme le précise l'art. 268 al. 2 CPC: «[l]'entrée en force de la décision sur le fond entraîne la caducité des mesures provisionnelles. Le tribunal peut ordonner leur maintien, s'il sert l'exécution de la décision ou si la loi le prévoit».

⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_855/2012 du 1^{er} février 2013 consid. 4.1.

⁸¹ Cf. *infra* p. 21.

⁸² Art. 268 CPC.

⁸³ Art. 263 CPC.

D'avantage que l'autorité de chose jugée (matérielle), c'est le caractère exécutoire de la décision superprovisionnelle et de la décision provisionnelle qui représente régulièrement un enjeu important pour les plaideurs. Le caractère exécutoire d'une décision comprend deux facettes: le destinataire de la décision doit s'exécuter et son créancier peut recourir à l'exécution forcée. En règle générale, une décision est exécutoire dès qu'elle est entrée en force de chose jugée (*formelle Rechtskraft*) à moins que le tribunal n'ait suspendu l'exécution⁸⁴. Une décision entre en force de chose jugée lorsqu'elle n'est pas ou plus susceptible d'un recours ordinaire⁸⁵, par quoi il faut comprendre un recours suspensif d'exécution.

La question ne se pose pas pour les décisions superprovisionnelles. D'un côté, l'ordonnance de refus de la mesure sollicitée, qui doit selon nous pouvoir faire l'objet d'un appel ou d'un recours⁸⁶, n'a pas de contenu susceptible d'être mis à exécution; la situation de droit et de fait qui prévalait entre les parties au jour de la décision superprovisionnelle reste inchangée. De l'autre, la décision superprovisionnelle qui *prononce* la mesure requise ne fait pas l'objet d'une voie de droit à proprement parler mais doit être remplacée sans délai par une décision provisionnelle selon la *lex specialis* que constitue l'art. 265 al. 2 CPC. Elle est exécutoire dès sa communication à la partie à laquelle elle impose des obligations⁸⁷. La loi ne le dit pas en toutes lettres. Il en va toutefois de la nature même d'une telle décision urgente, appelée à produire ses effets immédiatement mais pendant un bref laps de temps puisqu'elle doit être remplacée «sans délai» par la décision provisionnelle.

L'Obergericht du canton de Zurich ainsi que la doctrine majoritaire retiennent que lorsqu'un tribunal communique une décision sans motivation écrite conformément à l'art. 239 al. 1 CPC, cette décision est exécutoire le lendemain de l'échéance du délai de dix jours non utilisé pour demander la motivation, respectivement lorsque la motivation est remise aux parties sur demande (art. 239 al. 2 CPC). Ils considèrent à juste titre que l'art. 239 CPC a été adopté avant tout pour décharger les tribunaux⁸⁸, non pour permettre l'exécution forcée

84 Art. 336 al. 1 let. a. CPC.

85 Le principe aurait pu être exprimé en toutes lettres dans le CPC; il n'est toutefois pas contesté (voir par exemple: Message du Conseil fédéral, FF 2006 6989; arrêt du Tribunal fédéral 5A_866/2012 du 1^{er} février 2013 consid. 4.1 = SJ 2013 I 314).

86 Cf. *supra* section IV.

87 La communication aux parties est une condition de l'entrée en force et du caractère exécutoire des décisions (ATF 122 I 97 = SJ 1996 p. 672; en doctrine, parmi d'autres: BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, p. 697).

88 Message du Conseil fédéral, FF 2006 6889 et 6952.

à un moment où la partie qui a succombé n'est pas encore en mesure de requérir de l'autorité supérieure la suspension de l'exécution (restitution de l'effet suspensif) puisque le délai d'appel ou de recours n'a pas encore commencé à courir⁸⁹.

A notre sens, quoique l'art. 239 al. 1 CPC soit en principe applicable en procédure sommaire⁹⁰, le juge ne peut pas faire usage de cette disposition lorsqu'il ordonne une mesure par décision *superprovisionnelle*. Conformément à sa nature et à son but de protection immédiate des intérêts de la partie requérante, la décision superprovisionnelle doit être exécutoire immédiatement et non pas seulement à l'échéance du délai de dix jours pour demander la motivation selon l'art. 239 al. 2 CPC, voire lorsque la motivation est remise à la partie visée. On ne peut pas davantage admettre que la partie visée doive exécuter immédiatement une décision qui ne contiendrait aucune motivation, que permettre à la partie visée d'être libre de ses actes au regard d'une décision qui n'est pas exécutoire tant que le délai de dix jours pour en demander la motivation n'est pas échu sans être utilisé, respectivement tant qu'elle n'a pas reçu cette motivation⁹¹. En définitive, le juge qui prononce une mesure par décision superprovisionnelle doit la motiver d'emblée. Cette motivation peut être (très) sommaire mais elle doit être suffisante pour permettre à la partie visée de la comprendre et de la contester si nécessaire⁹².

Quant aux décisions *provisionnelles*, la règle générale voudrait qu'elles soient exécutoires dès qu'elles sont entrées en force de chose jugée (*formelle Rechtskraft*), ce qui survient lorsqu'elles ne sont pas ou plus susceptibles d'un recours ordinaire, suspensif d'exécution. Si l'on appliquait cette règle aux décisions provisionnelles sujettes à appel, voie de droit ordinaire suspensive de l'exécution⁹³, cela signifierait qu'elles n'entreraient pas en force et ne seraient pas exécutoires tant et aussi longtemps que le délai d'appel n'est pas échu sans être

⁸⁹ Art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC; décision de l'Obergericht du canton de Zurich RV120010 du 13 septembre 2012 et décision de l'Obergericht du canton de Zurich du 11 juillet 2012, *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (ZR), 111/2012 p. 196; DENIS TAPPY, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 22 ad art. 239 CPC; *contra* STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd. 2013, p. 555. Au sujet de la suspension de l'exécution, cf. *infra* section VII.

⁹⁰ Art. 219 CPC.

⁹¹ Appliqué à une décision superprovisionnelle, l'art. 239 CPC anéantirait l'effet de surprise que l'institution vise à garantir en cas de risque d'entrave à l'exécution.

⁹² THOMAS SPRECHER, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e éd. 2013, n° 28 ad art. 265 CPC; JOHANN ZÜRCHER, in *Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar*, 2011, n° 2 ad art. 265 CPC; FRANÇOIS BOHNET, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 13 ad art. 265 CPC.

⁹³ Art. 315 al. 1 CPC.

utilisé, respectivement que l'appel est retiré ou que la partie appelante renonce à faire appel⁹⁴. Cette solution n'est pas compatible avec la fonction des mesures provisionnelles, qui ont vocation à s'appliquer entre les parties *provisoirement mais immédiatement*, c'est-à-dire en principe sans attendre l'issue d'éventuelles procédures de recours.

Le législateur a dès lors prévu une exception. Conformément à l'art. 315 al. 4 CPC, l'appel contre une décision provisionnelle «*n'a pas d'effet suspensif*»: la décision provisionnelle sujette à appel entre ainsi en force de chose jugée formelle et est exécutoire dès sa communication aux parties⁹⁵. Il serait précipité d'en déduire que l'art. 315 al. 4 CPC mue l'appel en voie de droit extraordinaire⁹⁶. L'effet suspensif automatique que la loi attache ou non à une voie de droit n'est pas l'unique critère de distinction entre les voies de droit ordinaires et extraordinaires et certainement pas le critère décisif. L'appel contre les décisions provisionnelles demeure une voie de droit ordinaire dès lors qu'il est ouvert à moins que la loi n'en dispose autrement, que des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être pris en compte à certaines conditions, qu'il a un effet dévolutif complet et que l'autorité d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen. La seule modification apportée par l'art. 315 al. 4 CPC au régime ordinaire de l'appel est de priver l'appel contre la décision provisionnelle de son effet suspensif.

Nous ne saurions suivre l'avis des auteurs qui estiment que les décisions provisionnelles sujettes à appel seraient immédiatement exécutoires mais verraient leur entrée en force suspendue⁹⁷. Contraire au texte et à la systématique des alinéas 1 et 4 de l'art. 315 CPC, cet effet suspensif «partiel», dont les conséquences pratiques sont floues,

⁹⁴ Si un appel est interjeté dans le délai, la décision de l'autorité d'appel remplace la première décision (qu'elle l'infirmes ou la confirme) de sorte que seule la question de l'entrée en force de la décision de l'autorité d'appel se pose. Il faut réserver l'hypothèse où l'autorité d'appel déclare l'appel irrecevable (pour un motif autre que le non-respect du délai ou le non-paiement de l'avance de frais), auquel cas la première décision entre en force rétroactivement au jour de sa notification aux parties (sur le tout et avec des hypothèses supplémentaires, BENEDIKT SEILER, *Die Berufung nach ZPO*, 2013, pp. 700 ss).

⁹⁵ Art. 315 al. 1 CPC *a contrario*. Dans le même sens: BENEDIKT SEILER, *Die Berufung nach ZPO*, 2013, p. 705; DENIS TAPPY, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, JdT 2010 III 115, 133 *in fine*; NICOLAS JEANDIN, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n°5 ad art. 336 CPC.

⁹⁶ Comparer BENEDIKT SEILER, *Die Berufung nach ZPO*, p. 705.

⁹⁷ Comparer STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd. 2013, pp. 463 et 555; MARTIN H. STERCHI, in *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II*, 2012, n° 11 ad art. 315 CPC; PETER REETZ, in *Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd. 2013, n° 14 des remarques préliminaires aux art. 308-318 CPC.

ne semble pas non plus correspondre à la volonté du législateur⁹⁸. Une décision entre — ou non — en force de chose jugée selon qu'elle est — ou non — susceptible d'un recours suspensif d'exécution. Si elle n'est pas susceptible d'un tel recours, à l'instar d'une décision provisionnelle, elle entre en force de chose jugée immédiatement et est exécutoire. La juridiction de second degré ne peut que suspendre l'exécution⁹⁹.

Pour leur part, les décisions provisionnelles sujettes à recours entrent en force et sont exécutoires dès leur communication aux parties puisque le recours est une voie de droit extraordinaire, non suspensive de l'exécution¹⁰⁰.

Pour les motifs exposés précédemment, nous sommes d'avis que l'art. 239 al. 1 CPC ne devrait pas pouvoir s'appliquer au prononcé d'une décision provisionnelle (qu'elle soit sujette à appel ou recours): à l'instar de la décision superprovisionnelle, elle doit être motivée d'emblée.

Les décisions de l'autorité cantonale supérieure (statuant généralement sur appel ou recours mais parfois en instance cantonale unique¹⁰¹), sujettes à recours au Tribunal fédéral, entrent en force et sont exécutoires dès leur communication aux parties. En effet, tant le recours en matière civile que le recours constitutionnel subsidiaire sont des voies de droit extraordinaires, non suspensives de l'exécution¹⁰². On ne conçoit guère de décision sur mesures provisionnelles qui puisse être qualifiée de jugement constitutif au sens de l'art. 103 al. 2 let. a LTF puisqu'elle aurait alors perdu son caractère provisoire et préjugé du fond¹⁰³. Toutefois, la décision de l'autorité cantonale supérieure qui annule celle de l'autorité précédente et lui renvoie la cause n'entre pas en force de chose jugée et n'est pas exécutoire, du moins à l'égard des parties. Elle ne lie que l'autorité à laquelle la cause est renvoyée.

⁹⁸ Le Message du Conseil fédéral indique que «l'appel a, en règle générale, un effet suspensif (al. 1)», que «l'effet suspensif proroge l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire» et qu'enfin, «[e]xceptionnellement, la loi enlève à l'appel son effet suspensif (al. 4), comme lorsqu'il porte sur des décisions en matière de droit de réponse ou des mesures provisionnelles» (FF 2006 6841, 6981). L'art. 261 du projet de CPC (art. 265 actuel) n'a pas fait l'objet de discussions au Parlement.

⁹⁹ Art. 336 al. 1 CPC.

¹⁰⁰ Art. 325 al. 1 CPC.

¹⁰¹ Art. 5 à 8 CPC. Le tribunal qui serait compétent pour statuer en instance cantonale unique en vertu de ces dispositions peut toujours prononcer des mesures provisionnelles avant litispendance, quoique l'art. 8 CPC omette de le préciser (au contraire des art. 5 al. 2 et 6 al. 5 CPC). Dans le même sens: VOCK / NATER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n°3 ad art. 8 CPC.

¹⁰² Art. 103 al. 1 et 117 LTF.

¹⁰³ Sur la notion de jugement constitutif, voir BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n° 18 ad art. 103 LTF, avec des exemples. Sur la règle selon laquelle les mesures provisionnelles ne doivent pas préjuger du fond, cf. *supra* p. 5.

Une fois que cette autorité aura statué à nouveau, l'entrée en force de la nouvelle décision sera déterminée par la nature des voies de droit ouvertes à son encontre (appel ou recours). Le Tribunal fédéral retient qu'en tant qu'il concerne les frais et dépens, le jugement d'annulation et de renvoi n'entre en force qu'avec l'entrée en force de la nouvelle décision¹⁰⁴.

VI. VOIES DE RECOURS

La décision provisionnelle qui ordonne ou refuse des mesures est susceptible de faire l'objet d'un appel¹⁰⁵ ou d'un recours¹⁰⁶. Le législateur a décidé que, dans certains cas, la cause pourrait être rejugée par une deuxième autorité, disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, alors que dans d'autres seul le réexamen de la décision serait possible, sous l'angle limité de la violation du droit ou de la constatation manifestement inexacte des faits. Il a tracé la frontière comme suit:

- Sont toujours sujettes à appel les décisions sur mesures provisionnelles qui ne sont pas de nature patrimoniale¹⁰⁷.
- Sont également sujettes à appel les décisions sur mesures provisionnelles de nature patrimoniale lorsque la valeur litigieuse (de la mesure en cause et non de la prétention au fond¹⁰⁸) est de CHF 10'000.- au moins¹⁰⁹.
- Ne sont en définitive sujettes à recours que les décisions sur mesures provisionnelles dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10'000.-¹¹⁰.

¹⁰⁴ ATF 135 III 329 consid. 1.2.1 (approuvant l'ATF 131 III 404 consid. 3.3 p. 407 rendu sous l'empire de l'OJ); confirmé par la suite: arrêts du Tribunal fédéral 1C_427/2012 du 4 octobre 2012 consid. 1 *in fine*; 9C_722/2013 du 15 janvier 2014 consid. 5; 1B_140/2012 du 13 mars 2012 consid. 2.

¹⁰⁵ Art. 308 ss CPC.

¹⁰⁶ Art. 319 ss CPC.

¹⁰⁷ Art. 308 al. 1 let. b CPC et art. 308 al. 2 CPC *a contrario*.

¹⁰⁸ Message du Conseil fédéral, FF 2006 6978; REETZ / THEILER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n° 41 ad art. 308 CPC; KURT BLICKENSTORFER, in Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 2011, n° 26 ad art. 308 CPC; STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2^e éd. 2013, p. 491; *contra* KARL SPÜHLER, in Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 9 ad art. 309 CPC.

¹⁰⁹ Art. 308 al. 2 CPC.

¹¹⁰ Art. 308 al. 2 CPC et art. 319 let. a CPC.

A notre sens, lorsqu'une décision porte à la fois sur des mesures de nature pécuniaire (par exemple l'interdiction de disposer de certains biens) et d'autres de nature non pécuniaire (par exemple le droit de visite), l'ensemble du litige doit, par attraction, être considéré comme non pécuniaire¹¹¹. Il est essentiel, pour éviter des décisions contradictoires, qu'une seule et même autorité connaisse de la contestation. S'il est alors admissible de soumettre à appel, par attraction, une mesure de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10'000.-, on ne concevrait pas de soumettre à recours un litige qui, par sa nature, mérite, du moins selon le législateur, d'être considéré une seconde fois dans son intégralité.

Ce qui précède vaut également pour la décision superprovisionnelle refusant d'ordonner une mesure provisionnelle immédiate. A tort ou à raison, la partie concluant au prononcé d'une mesure provisionnelle *ex parte* estime que celle-ci est nécessaire pour garantir l'exécution de sa prétention au fond, soit qu'une décision provisionnelle interviendra trop tard, soit que l'efficacité de la mesure provisionnelle dépend de l'effet de surprise. Cette décision, qui conditionne l'utilité même du procès au fond, ne saurait être laissée à l'appréciation, définitive, d'un juge unique. Si la jurisprudence admet exceptionnellement que la décision superprovisionnelle de refus puisse faire l'objet d'un appel ou d'un recours, rien ne s'oppose *de lege lata*, on l'a dit¹¹², à ce que cette possibilité devienne la règle.

Il en va autrement de la décision superprovisionnelle ordonnant la mesure requise. Certes, celle-ci porte atteinte aux droits de la partie visée. Elle est même susceptible de lui causer un dommage. L'atteinte peut et doit cependant être tolérée: elle est à première vue justifiée et dans tous les cas — le juge doit y veiller — proportionnée. Elle est surtout temporaire puisque la partie visée devra être entendue *sans délai*, à la suite de quoi une décision provisionnelle devra être rendue, là encore *sans délai*¹¹³. Il est également possible de minimiser les effets dommageables d'une décision superprovisionnelle qui s'avérerait injustifiée en subordonnant son prononcé à la constitution de sûretés¹¹⁴.

Il faut donc admettre, avec le Tribunal fédéral, que les droits de la partie visée sont suffisamment garantis et que l'appel ou le recours ne

¹¹¹ A l'instar de l'approche suivie par le Tribunal fédéral saisi d'un recours en matière civile dans des litiges de droit de la famille: arrêts du Tribunal fédéral 5A_697/2009 du 4 mars 2010 consid. 1.1; 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 consid. 1.1; 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1; 5A_220/2009 du 30 juin 2009 consid. 1. Dans le même sens: arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1144/2013 du 17 septembre 2013.

¹¹² Voir *supra* section IV.

¹¹³ Art. 265 al. 2 CPC.

¹¹⁴ Art. 265 al. 3 CPC.

sont pas ouverts contre la décision superprovisionnelle ordonnant la mesure requise¹¹⁵. Il en va de la nature de cette décision: son existence est subordonnée au prononcé ultérieur de la décision provisionnelle, qui doit intervenir de par la loi¹¹⁶ et contre lequel une voie de recours est ouverte. La décision superprovisionnelle n'existe qu'en vue et en attendant la décision provisionnelle et n'existera plus une fois celle-ci entrée en force et exécutoire¹¹⁷. Cette approche est conforme à la lettre et à l'esprit de l'art. 265 CPC.

VII. EFFET SUSPENSIF ORDONNÉ PAR LA JURIDICTION CANTONALE D'APPEL OU DE RECOURS

La question de l'effet suspensif se pose en cas d'appel ou de recours contre une décision provisionnelle ordonnant des mesures. Elle ne se pose pas lorsque de telles mesures sont ordonnées par décision superprovisionnelle, sans audition de la partie visée, la procédure contradictoire subséquente faisant alors office de «voie de recours»¹¹⁸. Elle ne se pose pas non plus, on le verra, en cas d'appel ou de recours contre une décision superprovisionnelle ou provisionnelle refusant d'ordonner la mesure requise, ces décisions ne déployant aucun effet susceptible d'être suspendu.

Conformément à l'art. 336 al. 1 CPC, une décision est exécutoire dès qu'elle entre en force de chose jugée, à moins que le tribunal n'ait suspendu l'exécution. On l'a dit¹¹⁹, une décision passe en force de chose jugée lorsqu'elle n'est pas ou plus susceptible d'un recours

¹¹⁵ ATF 137 III 417 consid. 1.3; ATF 139 III 86 consid. 1.1.1, deuxième paragraphe; arrêts du Tribunal fédéral 4A_160/2013 du 21 août 2013 consid. 2.1; 5A_473/2010 du 23 juillet 2010 consid. 1.1; voir également Message CPC, FF 2006 6841, 6964; LUCIUS HUBER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n^{os} 20-21 ad art. 265 CPC; THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n^o 32 ad art. 265 CPC; KARL SPÜHLER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n^o 7 *in fine* ad art. 308 CPC; *contra* ANDREAS GÜNGERICH, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, 2012, n^o 19 ad art. 265 CPC, lequel, à la suite de LUCIUS HUBER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n^o 34 ad art. 261 CPC, se prononce en faveur de la recevabilité du recours constitutionnel subsidiaire, tout en reconnaissant que la question ne présente guère d'importance pratique.

¹¹⁶ Art. 265 al. 2 CPC.

¹¹⁷ Sur la théorie de la «renaissance» des mesures superprovisionnelles, que nous rejetons, voir *infra* pp. 34-36.

¹¹⁸ Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que les «voies de droit» cantonales ne sont pas épuisées comme l'exige l'art. 75 al. 1 LTF lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision ordonnant des mesures superprovisionnelles (ATF 137 III 417 consid. 1.2, avec des références).

¹¹⁹ *Supra* section V.

ordinaire suspensif d'exécution. L'appel au sens des art. 308 ss CPC est, en règle générale, suspensif d'exécution¹²⁰. Il ne l'est pas en matière de mesures provisionnelles, le législateur l'ayant privé de cet effet¹²¹. Le recours des art. 319 ss CPC, comme le délai pour le former, ne sont, eux, jamais suspensifs d'exécution¹²².

Il résulte de ce qui précède qu'une décision provisionnelle entre en force de chose jugée et est exécutoire dès sa communication, qu'elle soit susceptible d'appel ou de recours. Contrairement à ce que les art. 315 al. 1 et 325 al. 1 CPC laissent penser, la force de chose jugée ne peut pas être suspendue¹²³. Une décision entre ou n'entre pas en force, selon la nature ordinaire ou extraordinaire de la voie de recours à son encontre. L'autorité supérieure ne peut que suspendre l'exécution¹²⁴. Si elle le fait, la décision *perd* alors son caractère exécutoire (mais ce dernier n'est pas non plus «suspendu»)¹²⁵. Autrement dit, seuls les effets déployés par la décision de première instance, à l'exclusion de sa substance, peuvent être affectés.

L'autorité de recours a le pouvoir de suspendre l'exécution¹²⁶. Cela vaut également dans le cadre d'un recours contre une décision provisionnelle. L'autorité d'appel, d'ordinaire saisie d'un recours suspensif

120 Art. 315 al. 1 CPC.

121 Art. 315 al. 4 let. b CPC. L'appel conserve ses autres attributs de voie ordinaire de recours, comme l'effet dévolutif complet et le pouvoir d'examen *de novo* de la juridiction d'appel.

122 Art. 325 al. 2 CPC.

123 FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome II, 2^e éd. 2010, p. 454 n. 2519; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, p. 403 n. 12.72; NICOLAS JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n°5 ad art. 325 CPC; KARL SPÜHLER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 7 ad art. 325 CPC; PETER REETZ, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n° 14 des remarques préliminaires aux articles 308-318 CPC; FREIBURGHaus / AFHELDT, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n° 4 ad art. 325 CPC; *contra* STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2^e éd. 2013, p. 462, en référence à l'ATF 127 III 569 = SJ 2002 I 54 (rendu avant l'entrée en vigueur du CPC); URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, n°s 11-12 ad art. 325 CPC, avec des références à la doctrine minoritaire.

124 L'art. 325 al. 2 CPC mentionne à tort la suspension du caractère exécutoire; l'art. 336 al. 1 let. a CPC, qui renvoie à l'art. 325 al. 2 CPC, doit lui être préféré («suspendu l'exécution»), de même que les versions allemandes et italiennes de ces deux dispositions («*die Vollstreckung aufschieben*»; «*die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat*»; «*rinviare l'esecuzione*»; «*non ha sospeso l'esecuzione*»). L'art. 315 al. 5 CPC emploie également une terminologie correcte dans les trois langues («l'exécution (...) peut exceptionnellement être suspendue»; «*Die Vollstreckung (...) kann ausnahmsweise aufgeschoben werden*»; «*L'esecuzione (...) può essere eccezionalmente sospesa*»).

125 Art. 336 al. 1 let. a CPC. Utile d'un point de vue dogmatique, cette distinction ne nous paraît pas revêtir un grand enjeu en pratique.

126 Art. 325 al. 2 CPC.

d'exécution, a le pouvoir d'ordonner l'exécution anticipée¹²⁷. Le législateur a cependant édicté une règle spéciale en matière de mesures provisionnelles: de même que l'appel n'a pas d'effet suspensif d'exécution en la matière, de même l'exécution des mesures provisionnelles peut-elle être suspendue¹²⁸.

La raison d'être de ce pouvoir ne réside pas dans la nécessité de préserver leur objet à l'appel ou au recours. Au contraire, l'idée qu'une partie doit exécuter une décision qui pourrait par la suite être annulée est acceptée dans l'ordre juridique suisse. Cette situation est la règle dans toutes les affaires où la décision de première instance n'est susceptible que d'un recours extraordinaire, comme celui des art. 319 ss CPC ou comme le recours en matière civile au Tribunal fédéral. Le jugement au fond qui n'est pas entré en force de chose jugée car susceptible d'un appel, voie de droit ordinaire, peut même devenir exécutoire si l'instance d'appel ordonne son exécution anticipée¹²⁹.

D'une part, le simple fait qu'un appel ou un recours ait été formé n'affecte en rien l'autorité de chose jugée, même provisoire, dont la décision sur mesures provisionnelles est revêtue et qui perdurera jusqu'au terme de la procédure d'appel ou de recours. Admettre que l'autorité supérieure pourrait, ou devrait, suspendre systématiquement l'exécution des mesures provisionnelles pour conserver son objet à l'appel ou au recours reviendrait à nier toute valeur à la décision du premier juge. D'autre part, une suspension automatique entraînerait le risque d'appels et de recours dilatoires, déposés dans le seul but de paralyser, le temps de la procédure de deuxième instance, l'exécution des mesures ordonnées en première instance.

Dans certains cas, néanmoins, la partie recourante peut avoir un intérêt supérieur à ce que l'exécution soit suspendue. Comment prendre en compte cet intérêt supérieur sans nier à la décision précédente son autorité ou favoriser indûment la partie recourante? Premièrement, il faut que l'autorité supérieure exerce son pouvoir avec retenue, dans des cas exceptionnels; deuxièmement, il faut que la partie recourante démontre que ses intérêts sont menacés et que cette menace est susceptible de lui causer un préjudice encore plus sérieux que le préjudice difficilement réparable allégué par la partie intimée lorsqu'elle a requis une protection provisionnelle; enfin, il faut que l'appel ne soit pas dénué de chances de succès. L'art. 315 al. 5 CPC, selon lequel l'exécution des mesures provisionnelles peut *exceptionnellement* être suspendue *si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable*, concilie ces intérêts divergents.

¹²⁷ Art. 315 al. 2 CPC.

¹²⁸ Art. 315 al. 5.

¹²⁹ Art. 315 al. 2 et 336 al. 1 let. b CPC.

La suspension de l'exécution des mesures provisionnelles est soumise aux mêmes restrictions en matière de recours¹³⁰. On ne voit en effet pas pourquoi la juridiction de second degré devrait disposer d'un pouvoir d'appréciation plus large, dont elle pourrait faire usage sans retenue. Le fait que la valeur litigieuse soit plus faible n'apparaît pas décisif à cet égard. Il semble en réalité que le législateur a simplement omis d'édicter une règle spéciale en matière de mesures provisionnelles: l'art. 315 al. 5 CPC n'a pas son pendant en matière de recours contre une décision provisionnelle. L'art. 325 al. 2 CPC est en effet le miroir de l'art. 315 al. 2 CPC, qui, hors mesures provisionnelles, permet à l'autorité d'appel d'ordonner l'exécution anticipée de la décision de première instance là où celle de recours peut prononcer la suspension de l'exécution.

La notion de préjudice difficilement réparable ne se confond pas avec celle de «préjudice irréparable» de l'art. 93 al. 1 let. a LTF: il peut s'agir ici de «*tout préjudice, patrimonial ou immatériel*», y compris celui «*résult[ant] du seul écoulement du temps pendant le procès*»¹³¹. Elle est en revanche strictement identique à celle de préjudice difficilement réparable de l'art. 261 al. 1 let. b CPC. Et pour cause, la suspension de l'exécution exige de l'autorité supérieure de déterminer lequel des préjudices allégués — par la partie intimée à l'appui de sa requête de mesures provisionnelles et par la partie recourante à l'appui de sa requête d'effet suspensif — est le plus sérieux.

Lorsque la mesure ordonnée est une mesure conservatoire, une mesure de réglementation ou une mesure d'exécution anticipée provisoire qui n'est pas susceptible d'avoir un effet définitif, l'effet suspensif ne devrait à notre sens être accordé que si l'appel ou le recours paraissent *prima facie* bien fondés, conformément au caractère exceptionnel de l'effet suspensif¹³². On évite de la sorte de favoriser indûment la partie recourante, étant rappelé que la question de savoir si l'exécution de la mesure est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable a déjà été examinée par le premier juge sous l'angle de la proportionnalité. En posant cette exigence, on rétablit en outre l'égalité entre les parties: au même titre que la partie intimée a dû rendre vraisemblable non seulement qu'elle risque de subir un préjudice difficilement réparable mais aussi qu'elle est titulaire d'une prétention, la partie recourante doit rendre vraisemblable que son appel ou son recours sont fondés.

¹³⁰ Dans le même sens, MARTIN H. STERCHI, in *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II*, 2012, n^{os} 5-7 ad art. 325 CPC. *Contra* apparemment: PETER VOLKART, in *Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, 2011, n^o 6 ad art. 325 CPC.

¹³¹ ATF 138 III 378 consid. 6.3.

¹³² ATF 138 III 378 consid. 6.4 et 6.5.

Cette exigence est caduque lorsque la mesure concernée est une mesure d'exécution anticipée provisoire susceptible d'avoir un effet définitif. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que l'effet suspensif doit dans ce cas être accordé à moins que l'appel ou le recours ne paraissent d'emblée manifestement infondés ou irrecevables¹³³. L'effet suspensif devient alors la règle, ce qui paraît contredire la volonté du législateur et ouvre la voie à des recours purement dilatoires. Toutefois, le législateur a également voulu qu'une voie de recours existe contre les mesures provisionnelles, laquelle, si elle est empruntée dans le délai, doit avoir un effet utile. Comme le note le Tribunal fédéral, suspendre le caractère exécutoire se révèle bien souvent indispensable dès lors «[qu'on] entend offrir une véritable voie de droit à la partie [...] contre qui une mesure d'exécution anticipée provisoire susceptible d'avoir un effet définitif a été prononcée»¹³⁴. Sans qu'il soit possible de parler d'un droit à un double degré de juridiction, l'arrêt précité du Tribunal fédéral entend offrir «un véritable contrôle des mesures provisionnelles ordonnées»¹³⁵.

On ne saurait exiger de la partie intimée à l'appel ou au recours qu'elle rende vraisemblable un intérêt à l'exécution immédiate. La règle est le caractère exécutoire immédiat des mesures provisionnelles. Celui qui les obtient a rendu vraisemblable qu'un droit dont il est titulaire doit être protégé par ces mesures; il doit en principe pouvoir en obtenir l'exécution forcée et n'a pas à justifier d'un intérêt à l'exécution immédiate. Seul est ici pertinent le préjudice difficilement réparable invoqué à l'appui de la requête de mesures provisionnelles, plus précisément le point de savoir lequel de ce préjudice et de celui invoqué par la partie recourante est plus sérieux.

La juridiction supérieure doit en règle générale statuer après audition de la partie intimée. Si toutefois elle constate que sa décision ne souffre pas d'attendre une prise de position de la partie intimée («urgence particulière»)¹³⁶, elle peut alors statuer *ex parte*, par décision superprovisionnelle¹³⁷. Elle connaît en effet par définition la nature du préjudice allégué par la partie intimée pour obtenir les mesures provisionnelles et peut ainsi procéder à la pesée d'intérêts exigée d'elle.

¹³³ ATF 138 III 378 consid. 6.4.

¹³⁴ ATF 138 III 378 consid. 6.4.

¹³⁵ ATF 138 III 378 consid. 6.5 *in fine*.

¹³⁶ Art. 265 al. 1 CPC par analogie. La doctrine déduit de l'art. 104 LTF le pouvoir du Tribunal fédéral de statuer par décision superprovisionnelle sur la restitution de l'effet suspensif (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n^{os} 22 ss ad art. 104 LTF, spécialement n^o 25).

¹³⁷ FREIBURGHaus / AFHELDT, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n^o 8 ad art. 325 CPC; URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, n^o 25 ad art. 325 CPC, et les références citées.

La doctrine est divisée sur la question de savoir si le juge peut suspendre l'exécution d'office ou uniquement sur requête¹³⁸. A notre sens, la réponse doit être cherchée dans les maximes de procédure. Si la procédure est soumise à la maxime d'office, le juge peut statuer spontanément. Si elle est soumise à la maxime de disposition, une requête est toujours nécessaire¹³⁹. En matière de mesures provisionnelles, la loi fait de l'exécution immédiate la règle et de sa suspension l'exception¹⁴⁰. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé que «*saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce*»¹⁴¹. Cette hiérarchie devrait influencer l'autorité d'appel ou de recours dans son examen des conditions auxquelles est soumis le prononcé de l'effet suspensif.

VIII. MESURES CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR LA JURIDICTION CANTONALE D'APPEL OU DE RECOURS

Si la décision superprovisionnelle ou provisionnelle refuse des mesures, une requête d'effet suspensif est sans objet: une décision négative n'a pas d'effets susceptibles d'être suspendus. La partie requérante déboutée en première instance doit bien plutôt requérir de l'autorité d'appel ou de recours le prononcé de mesures conservatoires. Bien que le CPC ne le prévoit pas clairement, rien ne s'oppose selon nous à ce qu'on lui reconnaisse le pouvoir de prononcer de telles mesures.

La LTF confère explicitement au juge instructeur le pouvoir d'ordonner «*les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés*»¹⁴². On en voit une

¹³⁸ Sur requête uniquement: MARTIN H. STERCHI, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, 2012, n° 18 ad art. 315 CPC; d'office ou sur requête: NICOLAS JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 7 ad art. 315 CPC; KARL SPÜHLER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 6 ad art. 315 CPC.

¹³⁹ Dans le même sens: REETZ / HILBER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. 2013, n° 27-28 ad art. 315 CPC; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, p. 427; DENIS TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115, 133; HOFMANN / LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2009, p. 200; URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, n° 24 ad art. 325 CPC.

¹⁴⁰ Art. 315 al. 4 et 5 CPC; art. 325 al. 1 et 2 CPC; voir par exemple l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1144/2013 du 17 septembre 2013.

¹⁴¹ ATF 137 III 475 consid. 4.1 = SJ 2012 I 55, avec des références à la doctrine.

¹⁴² Art. 104 LTF.

manifestation lorsque le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre une décision négative, indique: «[le/la recourant-e] a présenté une requête d'effet suspensif que [le/la président-e] de la [I^{re}/II^e] Cour de droit civil a traitée comme une requête de mesures provisionnelles et qu'il a [admise/rejetée] par ordonnance du [date]»¹⁴³. La distinction entre effet suspensif et mesures conservatoires est également bien établie en procédure administrative¹⁴⁴. On la rencontre parfois dans des ordonnances présidentielles de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral¹⁴⁵.

Le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires existe en matière de recours au sens des art. 319 ss CPC. Conformément à l'art. 325 al. 2 CPC, l'instance de recours «ordonne au besoin des mesures conservatoires». S'agissant de l'appel, une indication similaire fait défaut à l'art. 315 CPC. On l'a dit, l'appel est, en matière de mesures provisionnelles, assimilable à un recours extraordinaire dans la mesure — et seulement dans cette mesure — où il n'est pas suspensif d'exécution. Appel et recours sont tous deux des recours extraordinaires en matière de mesures provisionnelles mais leur réglementation manque d'harmonie. S'il faudrait prévoir à l'art. 325 CPC que l'effet suspensif ne peut être octroyé, en matière de mesures provisionnelles, qu'à titre exceptionnel, si la partie recourante risque de subir un préjudice difficilement réparable, il faudrait préciser à l'art. 315 CPC que l'instance d'appel peut, en la matière, ordonner des mesures conservatoires.

Le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires doit, comme celui de suspendre l'exécution, être exercé avec retenue. La partie appelante ou recourante n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'une prétention ou le risque de subir une atteinte susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable, ce qui a conduit le premier juge à lui refuser une protection provisionnelle. La décision de ce dernier a l'autorité de la chose jugée et la conservera tant qu'elle n'aura pas été annulée. Pour obtenir de l'autorité d'appel ou de recours une mesure conservatoire qui aura, pratiquement, un effet identique à la mesure provisionnelle refusée, la partie appelante ou recourante devra démontrer l'existence d'un intérêt supérieur.

¹⁴³ Par exemple: arrêt du Tribunal fédéral 4D_106/2008 du 11 novembre 2008; ordonnance du Tribunal fédéral 4A_485/2011 du 8 novembre 2011.

¹⁴⁴ ATF 126 V 407 consid. 3c; ATF 123 V 39 consid. 3 p. 41; ATF 105 la 318, 323; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 403 *in fine* et 404; ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, 1970, p. 482; FRITZ GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF 1976 p. 221; REGINA KIENER, in Auer / Müller / Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, n° 3 ad art. 56 PA.

¹⁴⁵ Ordonnances de la Cour des plaintes BP.2013.41 du 17 juin 2013 et BP.2012.61 du 19 septembre 2012.

Selon nous, seuls les cas où le refus du premier juge d'ordonner des mesures provisionnelles pourrait causer à la partie appelante ou recourante une atteinte *irréversible* à ses intérêts peuvent justifier le prononcé d'une mesure conservatoire. Une telle situation est de nature à se présenter notamment lorsqu'une mesure d'interdiction a été initialement requise: si l'employé qui veut empêcher la transmission par son employeur de données personnelles à l'étranger échoue à obtenir une interdiction en première instance et que l'autorité d'appel¹⁴⁶ ne gèle pas la situation pour la durée de la procédure d'appel, l'employeur peut librement transmettre les données et ainsi causer une atteinte irréversible aux intérêts de l'employé. En revanche, en cas d'appel ou de recours contre le refus d'ordonner une autre mesure (ordre donné à une autorité ou à un tiers; ordre de faire; réglementation du droit de garde ou du droit de visite; diminution ou suppression de la contribution d'entretien à titre provisoire dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce; etc.), il n'est généralement pas nécessaire de prononcer de mesure conservatoire jusqu'à droit connu aux fins de sauvegarder l'objet de l'appel ou du recours.

On rencontre parfois en jurisprudence l'idée selon laquelle le prononcé de mesures conservatoires par la juridiction supérieure serait exclu s'il revenait à vider le recours ou l'appel de son objet¹⁴⁷; en réalité, la juridiction supérieure ne pourrait alors *jamaï*s prononcer pour la durée de la procédure d'appel ou de recours la mesure qu'il lui est précisément demandé de prononcer à l'issue de l'appel ou du recours. A notre sens, cette idée est erronée et procède d'une confusion entre les mesures conservatoires ordonnées par la juridiction supérieure pour maintenir l'état de fait ou sauvegarder des intérêts menacés et celles qui ont été refusées par la décision provisionnelle faisant l'objet de l'appel ou du recours.

Les mesures ordonnées par la juridiction supérieure saisie d'un appel ou d'un recours sont des mesures conservatoires au sens strict, soit des mesures destinées à geler la situation. En aucun cas ne peut-il s'agir pour la juridiction de deuxième instance d'ordonner les mesures provisionnelles sollicitées et refusées en première instance, après examen des mêmes conditions (atteinte à un droit, préjudice difficilement réparable et proportionnalité). La décision de refus du tribunal est en effet revêtue de l'autorité de la chose jugée au plan du provisoire et elle conservera cette autorité aussi longtemps que l'appel ou

¹⁴⁶ Il s'agit là d'une affaire non patrimoniale, qui serait soumise à appel (art. 308 al. 1 let. b CPC et art. 308 al. 2 CPC *a contrario*).

¹⁴⁷ Ordonnances de la Cour des plaintes BP.2013.41 du 17 juin 2013 et BP.2012.61 du 19 septembre 2012 (lesquelles évoquent à tort la restitution de l'effet suspensif, après avoir pourtant constaté que l'effet suspensif n'entrait pas en ligne de compte en présence d'une décision négative).

le recours seront pendants. Au reste, l'art. 104 LTF évoque la nécessité de maintenir l'état de fait ou de sauvegarder des intérêts menacés, notions qui ne se confondent pas avec celle de préjudice difficilement réparable. L'existence d'un tel préjudice peut avoir été niée par le tribunal qui a refusé d'ordonner les mesures sollicitées et sa décision à l'autorité de la chose jugée sur ce point. Cela dit, il est vrai qu'en pratique le contenu de la mesure conservatoire ordonnée par la juridiction supérieure se confondra presque inmanquablement avec celui de la mesure provisionnelle sollicitée initialement. Il n'en demeure pas moins que cette décision ne produit ses effets que pour la durée de la procédure d'appel ou de recours et ne préjuge pas la décision sur l'appel ou le recours.

Entre la communication de la décision négative de première instance et le prononcé d'éventuelles mesures conservatoires par l'autorité d'appel ou de recours, la partie intimée bénéficie d'une «fenêtre de liberté». Elle n'est liée par aucune mesure; pas même par des mesures qui auraient été prononcées auparavant dans une décision superprovisionnelle car celle-ci a été remplacée par la décision provisionnelle (négative)¹⁴⁸. Le juge ne saurait d'ailleurs donner plus de poids à sa décision superprovisionnelle qu'à la décision provisionnelle en déclarant que les effets de la décision superprovisionnelle perdureront jusqu'à l'entrée en force de la décision provisionnelle; celle-ci entre en force immédiatement, qu'elle soit susceptible d'un appel ou d'un recours¹⁴⁹.

Afin que la fenêtre de liberté soit la plus étroite possible, la partie recourante devra agir au plus vite. Elle ne saurait toutefois solliciter le prononcé de mesures conservatoires sans déposer en même temps un acte d'appel ou de recours complet, c'est-à-dire «écrit et motivé»¹⁵⁰. Le prononcé d'une mesure conservatoire, comme la restitution de l'effet

¹⁴⁸ Cf. *supra* p. 16. En particulier, il nous paraît erroné de retenir qu'une mesure prononcée par décision superprovisionnelle puis refusée par décision provisionnelle «revivrait» dès le dépôt d'un appel ou d'un recours contre la décision négative sur mesure provisionnelle; comparer ANDREAS GÜNGERICH, in *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Band II*, 2012, n° 20 ad art. 265 CPC, qui se réfère à tort à THOMAS SPRECHER, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e éd. 2013, n° 46 ad art. 265 CPC puisque cet auteur suggère non pas que la mesure superprovisionnelle revivrait dès le dépôt de l'appel ou du recours mais que *l'octroi de l'effet suspensif* par l'autorité d'appel ou de recours serait susceptible de «prolonger» les effets de la mesure superprovisionnelle. Nous préférons dans ce cas parler de mesures conservatoires prononcées par l'autorité d'appel ou de recours plutôt que d'effet suspensif.

¹⁴⁹ Voir *supra* p. 20-21.

¹⁵⁰ Art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC; PETER VOLKART, in *Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2011, n° 5 ad art. 325 CPC; ALEXANDER BRUNNER, in *Oberhammer / Domej / Haas, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e éd. 2014, n° 3 ad art. 325 CPC; *contra* URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, *Kommentar ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde*, 2013, n°23 ad art. 325 CPC.

suspensif, requiert un pronostic sur les chances de succès de l'appel ou du recours, auquel l'autorité ne peut procéder qu'en présence d'un acte complet.

Si la partie appelante ou recourante requiert à tort l'effet suspensif d'une décision refusant des mesures provisionnelles, on peut se demander si l'autorité d'appel ou de recours doit d'office traiter sa requête comme une requête de mesures conservatoires, à l'instar de l'approche retenue par le Tribunal fédéral¹⁵¹. La réponse peut être positive lorsque la procédure est régie par la maxime d'office.

Lorsque la procédure est régie par la maxime de disposition, il n'appartient en principe pas à l'autorité d'appel ou de recours, liée par les conclusions de l'appelant ou du recourant, de pallier les errements des plaideurs; toutefois, une approche formaliste ne se justifie pas non plus selon nous lorsqu'en dépit des termes utilisés, l'acte d'appel ou de recours permet de déterminer le contenu des mesures qui sont requises sous le couvert de l'appellation impropre «d'effet suspensif»¹⁵².

IX. LE DÉNOUEMENT DE LA PROCÉDURE D'APPEL OU DE RECOURS ET LE SORT DES MESURES PROVISIONNELLES

Si la procédure d'appel ou de recours va jusqu'à son terme, trois issues sont possibles: (i) l'autorité peut rejeter l'appel ou le recours et confirmer la décision, (ii) l'admettre et réformer la décision, ou (iii) l'admettre, casser la décision et renvoyer au premier juge pour nouvelle décision. En cas d'admission, la réforme est conçue comme la règle en matière d'appel¹⁵³ et comme l'exception en matière de recours¹⁵⁴. Hors l'hypothèse des décisions cassatoires, les décisions de la juridiction cantonale supérieure sur mesures provisionnelles entrent en force et sont exécutoires dès leur communication aux parties¹⁵⁵.

¹⁵¹ Voir l'arrêt cité à la note de bas de page n° 143. Les données de la question sont toutefois différentes pour le Tribunal fédéral puisque l'art. 104 LTF prévoit que «[l]e juge instructeur peut, **d'office ou sur requête d'une partie**, ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés» (nous mettons en évidence). Cette disposition permet donc au Tribunal fédéral de déclarer une requête d'effet suspensif sans objet puis de prononcer «d'office» des mesures conservatoires. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une «conversion» de la requête d'effet suspensif en requête de mesures conservatoires.

¹⁵² Le tribunal pourra, cas échéant, faire usage de l'art. 56 CPC et interpellier la partie concernée.

¹⁵³ Art. 318 al. 1 CPC.

¹⁵⁴ Art. 327 al. 3 CPC.

¹⁵⁵ Cf. *supra* p. 21.

En cas d'admission d'un appel ou d'un recours, l'autorité d'appel ou de recours, si elle est en position de le faire¹⁵⁶, réforme la décision. Elle ordonne ainsi des mesures provisionnelles lorsqu'elle annule une décision négative, respectivement elle modifie les mesures ou les lève entièrement lorsqu'elle réforme une décision ordonnant des mesures. Lorsqu'à l'inverse, elle décide de rejeter l'appel ou le recours, elle confirme les mesures ordonnées en première instance, respectivement le refus d'ordonner des mesures. Toutes ces situations ne suscitent en principe aucune difficulté puisque les parties peuvent déduire de la décision de l'autorité d'appel ou de recours si elles sont liées ou non par des mesures.

Lorsqu'elle décide d'annuler la décision mais n'est pas en position de la réformer, l'autorité de deuxième instance casse et renvoie la cause au premier juge. Si elle casse une décision ordonnant des mesures provisionnelles, nous pensons — contrairement à la jurisprudence fédérale — que les parties ne sont alors plus liées par ces mesures, pas plus qu'elles ne sont liées par les mesures qui auraient éventuellement été prononcées par une décision superprovisionnelle antérieure. Au risque d'énoncer une évidence, l'annulation de la décision provisionnelle par l'autorité d'appel ou de recours a pour effet que les parties ne sont plus liées par cette décision. Les parties ne sont alors pas liées non plus par la décision superprovisionnelle qu'aurait initialement prononcé le juge. La décision provisionnelle l'a rendue caduque et elle ne saurait «renaître».

Le Tribunal fédéral a pourtant jugé que *«[l]orsqu'un recours dirigé contre des mesures provisionnelles est admis, que la décision attaquée est annulée, et la cause renvoyée au juge précédent pour nouvelle décision, la procédure se trouve ramenée au stade où elle se trouvait juste avant que la décision annulée soit rendue, c'est-à-dire à un stade où les mesures superprovisionnelles sont encore en vigueur. L'annulation de la décision de mesures provisionnelles fait ainsi renaître les mesures superprovisionnelles»*¹⁵⁷.

Si l'on devait suivre cette argumentation, les mesures ordonnées à titre superprovisionnel, remplacées par les mêmes mesures ordonnées à titre provisionnel, revivraient en cas d'annulation de la décision provisionnelle. Le résultat est fâcheux: si la partie citée appelle ou recourt contre des mesures provisionnelles prononcées à son encontre et qu'elle obtient gain de cause, elle ne saurait se trouver liée *par les mêmes mesures* au

¹⁵⁶ Art. 318 et 327 al. 3 CPC.

¹⁵⁷ ATF 139 III 86 consid. 1.1.1 *in fine*; critique à l'égard de cette décision, MATHIS BERGER, *sic!* 2013 p. 310, 314: *«Das BGer erkennt m. E. die beschriebene Natur superprovisorischer Massnahmen, wenn es diese trotz Aufhebung der später auch vorsorglich erlassenen Massnahmen wieder aufleben lassen will»*.

titre de «mesures superprovisionnelles réactivées». Prenons l'exemple d'un ex-époux, X, qui n'a pas l'autorité parentale et la garde et qui introduit une action en modification des effets du divorce, avec requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce que la garde et l'autorité parentale lui soient provisoirement octroyés. Admettons par hypothèse qu'il obtienne la mesure sollicitée par décision superprovisionnelle, laquelle est confirmée par décision provisionnelle. Si l'autre partie, Y, recourt au motif, par exemple, que la mesure est disproportionnée, que la décision provisionnelle est cassée et que la cause revient au premier juge, on ne saurait admettre avec le Tribunal fédéral que X puisse se voir investi de l'autorité parentale et de la garde au titre de la «renaissance» de la décision superprovisionnelle.

La jurisprudence du Tribunal fédéral fait prévaloir la décision rendue sans audition de la partie à qui elle impose des obligations sur celle rendue ultérieurement dans le respect du droit d'être entendu et de l'égalité des armes. Elle est en outre inconciliable avec l'exclusion de toute voie de droit contre la décision superprovisionnelle ordonnant des mesures provisionnelles. La partie visée ne peut pas remettre en cause cette décision par un appel ou un recours. Elle ne peut que se déterminer sur la requête de mesures provisionnelles. Le corollaire de cette absence de voie de droit est le remplacement pur et simple de la décision superprovisionnelle par la décision provisionnelle, contre laquelle une voie de droit est ouverte. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de recourir «conjointement» contre la décision superprovisionnelle et la décision provisionnelle. La seconde ayant remplacé la première, le recours ou l'appel est dirigé contre la seule décision provisionnelle. La cassation éventuelle de la décision provisionnelle et le renvoi au premier juge imposeront certes à celui-ci de rendre une nouvelle décision provisionnelle — en ce sens les parties seront replacées au jour précédant la décision annulée — mais elle ne seront néanmoins pas «à un stade où les mesures superprovisionnelles sont encore en vigueur»¹⁵⁸.

Le remplacement de la décision superprovisionnelle par la décision provisionnelle découle du système retenu par le législateur à l'art. 265 CPC dans l'hypothèse où des mesures sont ordonnées *ex parte*. Peu importe que l'on prête à cette absorption un effet *ex tunc*¹⁵⁹ ou *ex nunc*, lorsqu'une autorité d'appel ou de recours casse une décision sur mesures provisionnelles, elle casse une décision qui a

¹⁵⁸ ATF 139 III 86 consid. 1.1.1 *in fine*

¹⁵⁹ Comme le fait THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd. 2013, n° 45 ad art. 265 CPC: «*Mit dem vorsorglichen Massnahmenentscheid fallen die Wirkungen des Superprovisoriums ex tunc dahin*».

succédé à une précédente décision rendue *ex parte* et devenue caduque. De deux choses, l'une: soit l'on admet qu'une décision ordonnant des mesures superprovisionnelles peut faire l'objet d'un recours de la partie visée et il semble concevable que l'annulation de la décision provisionnelle puisse faire renaître une décision superprovisionnelle entrée en force suite à un recours ou un appel, ou à l'échéance du délai de recours ou d'appel sans être utilisé; soit la procédure contradictoire fait office de «voie de droit» et l'annulation de la décision provisionnelle ne saurait aboutir à la renaissance de la décision superprovisionnelle.

Si la juridiction cantonale supérieure annule une décision provisionnelle refusant des mesures et renvoie la cause au premier juge pour nouvelle décision, aucune mesure n'existe dans l'intervalle. Si des intérêts prépondérants sont en jeu et doivent être sauvegardés, il incombera à la partie appelante ou recourante de solliciter des mesures conservatoires de l'autorité supérieure¹⁶⁰, dont l'effet pourra le cas échéant être prolongé jusqu'à l'entrée en force de la nouvelle décision de première instance, au même titre que, en vertu de l'art. 268 al. 2 CPC, des mesures provisionnelles peuvent être maintenues au-delà de l'entrée en force de la décision au fond si cela sert son exécution.

Le procédé ne paraît pas non plus exclu sous l'angle de la LTF et le Tribunal fédéral l'a employé à une occasion au moins: accueillant un recours en matière civile contre une décision du Tribunal de commerce du canton de Zurich par laquelle ce dernier s'était déclaré incompétent *ratione materiae* pour prononcer une inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause au premier juge pour nouvelle décision et a donné ordre au registre foncier de ne pas effacer — jusqu'à l'entrée en force de la décision à venir du tribunal de commerce — l'inscription provisoire qui avait été prononcée par l'Obergericht dans une procédure parallèle initiée par le requérant¹⁶¹.

Alternativement, le juge de première instance auquel la cause est renvoyée peut être saisi d'une requête tendant au prononcé de mesures conservatoires dans l'attente de sa (nouvelle) décision sur mesures provisionnelles. Ces mesures poursuivent le même objectif que les mesures conservatoires prononcées au cours de la procédure d'appel ou de recours et sont soumises aux mêmes conditions¹⁶². Il nous paraît en revanche exclu d'admettre, avec le Tribunal fédéral, que le juge auquel la cause est renvoyée puisse ou doive, hors l'hypothèse de

¹⁶⁰ Voir *supra* section VIII.

¹⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_453/2011 du 9 décembre 2011, dispositif non publié in ATF 137 III 563.

¹⁶² Voir *supra* section VIII.

procédures régies par la maxime d'office, rendre *spontanément* une décision ordonnant des mesures. Le Tribunal fédéral qualifie cette décision de «décision intermédiaire». Dans son optique de renaissance des mesures, il a indiqué que cette décision porte «*sur le maintien, la modification ou la suppression des mesures précédemment ordonnées à titre superprovisionnel, et ce, pour la durée restante de la procédure provisionnelle, jusqu'à ce [que le premier juge auquel la cause est renvoyée] ait réuni les éléments nécessaires pour se prononcer en principe définitivement sur les mesures provisionnelles requises*».

Tant et aussi longtemps que le premier juge n'a pas statué sur requête et n'a pas ordonné de mesures dans l'attente de sa (nouvelle) décision sur mesures provisionnelles, la partie citée est libre de ses actes. Elle n'est pas liée par des mesures superprovisionnelles qui auraient été «réactivées» par l'annulation de la première décision. Il appartient au requérant, respectivement son conseil, d'agir rapidement après la décision sur appel ou recours aux fins de sauvegarder ses droits.

Le Tribunal fédéral a jugé que la décision dite «intermédiaire» peut faire l'objet d'un appel ou recours au niveau cantonal, puis le cas échéant d'un recours au Tribunal fédéral, car elle tient davantage de la décision sur mesures provisionnelles que de celle sur mesures superprovisionnelles¹⁶³. Cette solution nous paraît convaincante. De même que les mesures conservatoires, respectivement l'effet suspensif, prononcés par l'autorité cantonale supérieure jusqu'à droit connu sur l'appel ou le recours peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, de même la décision «intermédiaire» doit-elle pouvoir être portée devant l'autorité cantonale supérieure, puis éventuellement au Tribunal fédéral.

¹⁶³ ATF 139 III 86.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	LES CONDITIONS AU PRONONCÉ D'UNE <i>MESURE</i> PROVISIONNELLE	2
III.	LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES DE LA <i>DÉCISION</i> SUPERPROVISIONNELLE	6
IV.	L'EXAMEN DU JUGE ET LE SORT DE LA CONCLUSION TENDANT AU PRONONCÉ D'UNE DÉCISION SUPERPROVISIONNELLE	8
V.	DE LA DÉCISION SUPERPROVISIONNELLE À LA DÉCISION PROVISIONNELLE	15
VI.	VOIES DE RECOURS.....	22
VII.	EFFET SUSPENSIF ORDONNÉ PAR LA JURIDICTION CANTONALE D'APPEL OU DE RECOURS.....	24
VIII.	MESURES CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR LA JURIDICTION CANTONALE D'APPEL OU DE RECOURS	29
IX.	LE DÉNOUEMENT DE LA PROCÉDURE D'APPEL OU DE RECOURS ET LE SORT DES MESURES PROVISIONNELLES.....	33
