

## Effets du retrait d'une requête de mesures provisionnelles en modification de mesures protectrices de l'union conjugale : analyse de l'arrêt 5A\_274/2015 du 25 août 2015.

François Bohnet

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A\_274/2015 du 25 août 2015, destiné à la publication au recueil officiel, traite des effets du retrait d'une requête de mesures provisionnelles en modification de mesures protectrices de l'union conjugale. Il se penche en particulier sur l'autorité de la chose jugée liée à un tel désistement.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Un couple séparé vit sous le régime de mesures protectrices concernant entre autres les contributions d'entretien pour l'épouse et les enfants arrêtées le 3 février 2009. L'époux dépose une demande en divorce peu après, ainsi qu'une requête en modification des mesures protectrices en janvier 2010. Sa requête est rejetée. En novembre 2010, il dépose une nouvelle requête en modification, qu'il retire finalement en juillet 2011. Le 25 juin 2013, l'époux dépose une nouvelle requête, par laquelle il demande que le montant des pensions soit réduit avec effet rétroactif depuis novembre 2010. Sa requête est rejetée le 3 juillet 2014, de même que l'appel formé contre ce prononcé, le 3 mars 2015. L'époux forme un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

#### B. Le droit

Le recourant (**consid. 3.2**) reproche au Tribunal cantonal d'avoir considéré que le retrait de sa requête en modification de novembre 2010, dans laquelle il invoquait les mêmes faits que ceux avancés dans la nouvelle requête de 2013, faisait barrage à celle-ci, en vertu de l'autorité de chose jugée rattachée au désistement. L'autorité de chose jugée conférée à un prononcé de mesures provisionnelles serait en effet relative, si bien que l'on ne saurait lui donner la portée que lui accorde la Cour cantonale. Du reste, il avait retiré sa requête de novembre 2010 à titre de protestation compte tenu du temps pris par la procédure, sans suspecter la portée qui serait accordée à ce retrait.

Le recourant ne fait cependant pas valoir qu'il aurait effectué ce retrait en réservant un nouveau dépôt.

Le Tribunal fédéral retient (**consid. 3.3.1**) qu'une requête en modification de mesures protectrices ou provisionnelles suppose une modification durable et essentielle des circonstances. Elle est aussi ouverte lorsque le juge s'est fondé sur des faits qui se sont révélés faux ou qui ne se sont pas réalisés comme prévu. Si tel n'est pas le cas, l'entrée en force de la décision s'oppose à une modification. Une telle modification est également exclue si la situation de fait est la conséquence d'un comportement contradictoire et donc abusif (TF 5A\_117/2010 du 5 mars 2010, consid. 3.3). Les évolutions qui étaient déjà prévisibles au moment du prononcé et qui ont été prises en compte lors du prononcé ne peuvent pas plus justifier une modification (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1). En l'espèce, il n'est pas contesté que les faits invoqués par le recourant à l'appui de sa demande en modification des mesures protectrices sont ceux qu'il avait avancés dans sa requête précédente, dont il s'est désisté.

Se pose dès lors la question de la portée de l'autorité de la chose jugée rattachée au retrait d'une requête de mesures provisionnelles (**consid. 3.3.2**). Le CPC ne règle pas expressément la question. L'art. 65 CPC retient que le demandeur qui retire son action devant le tribunal compétent ne peut la réintroduire contre la même partie et sur le même objet une fois celle-ci notifiée, à moins que la partie adverse ait admis le retrait. Cette disposition figure dans la partie générale du Code et vaut en principe pour toute procédure au sens de l'art. 1 CPC, donc également en procédure sommaire. Cependant, dans la mesure où le texte légal parle de requête (*Gesuch*) pour la procédure sommaire alors que l'art. 65 CPC parle d'action (*Klage*), une controverse existe sur l'application de cette disposition aux procédures entamées par une requête. La doctrine majoritaire retient que l'art. 65 CPC s'applique également à la procédure sommaire. L'art. 241 al. 2 CPC précise également qu'« une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action a les effets d'une décision entrée en force ». Cette disposition, qui parle elle aussi de « *Klage* », figure dans la procédure ordinaire. Or l'art. 219 CPC retient que les dispositions du titre consacré à la procédure ordinaire s'appliquent par analogie aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi. On peut donc se demander si la règle vaut également en procédure sommaire. Le Tribunal fédéral laisse la question ouverte, dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'y répondre pour trancher le cas d'espèce.

La règle retenue en principe en procédure civile est que la décision rendue en procédure sommaire est soumise au même régime que la décision rendue en procédure ordinaire en matière d'autorité de la chose jugée, à savoir qu'elle entre en force et devient incontestable une fois les délais de recours échus, sous réserve des cas de révision (**consid. 3.3.4**). Le Code prévoit cependant que les décisions rendues en matière gracieuse (art. 256 al. 2 CPC) et en matière de mesures provisionnelles (art. 268 al. 1 CPC) peuvent être supprimées ou modifiées ultérieurement (ATF 141 III 43 consid. 2.5.2). Les décisions de mesures provisionnelles sont dès lors revêtues d'une autorité de la chose relative. Elles peuvent être modifiées pour l'avenir, un effet rétroactif supposant selon une ancienne jurisprudence (ATF 127 III 496 consid. 3b/bb) une remise en cause de l'autorité de la chose jugée au travers d'une demande en révision. En dehors de cette hypothèse, il n'est plus possible de revenir lors du prononcé au fond sur les contributions arrêtées par le prononcé provisionnel. Les arrêts plus récents ne mentionnent expressément que l'entrée en force d'une telle décision provisionnelle (ATF 138 III 382 consid. 3.2.1 en matière de séquestre ; ATF 133 II 393 consid. 5.1 en matière de mesures protectrices), mais retiennent également que le moyen tiré de la chose jugée (*res judicata*) fait barrage à une modification lorsque la nouvelle requête se fonde sur un état de fait identique (ATF 138 III 382).

Le Tribunal fédéral retient dès lors en résumé (consid. 3.4) que l'autorité de la chose jugée dont est revêtue une décision de mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce n'est pas identique à celle du prononcé au fond. Ainsi, un prononcé provisionnel peut être modifié en cas d'évolution des circonstances et le juge du fond n'est pas lié par le prononcé provisoire. Pour le reste, un prononcé

provisionnel est revêtu de l'autorité de la chose jugée (*Bindungswirkung*) et un retrait d'une requête en modification équivaut à un rejet. Une nouvelle requête en modification suppose dès lors une modification des circonstances postérieure à celles alléguées dans la requête retirée. En revanche, les faits en question pourront être pris en compte dans la procédure au fond, pour le futur.

### III. Analyse

Si une décision de mesures protectrices ou provisionnelles n'est revêtue que d'une autorité de la chose jugée relative, en ce sens qu'elle peut être modifiée en cas d'évolution des circonstances (art. 268 al. 1 CPC), elle n'en demeure pas moins soumise au principe *ne bis in idem* : les parties n'ont pas d'intérêt juridique à soumettre une nouvelle fois à la justice une contestation déjà tranchée. Cela signifie que si une partie n'avance pas les faits pertinents, ne mentionne pas certaines preuves ou se trompe d'une autre manière dans son approche procédurale, elle ne pourra pas revenir sur le prononcé provisionnel rendu, celui-ci entré en force. Une fois la requête en modification déposée et notifiée à l'adversaire, un retrait équivaut à un désistement d'action au sens de l'art. 65 CPC. Le Tribunal fédéral ne tranche pas la question d'une manière générale pour la procédure sommaire, mais il le retient pour la requête en modification de mesures provisionnelles. Son approche doit être approuvée. Le désistement d'instance, admis par l'art. 65 CPC en cas d'accord de la partie adverse, est la voie à suivre par le demandeur qui veut renoncer à la procédure. Il ne peut se dégager de l'instance sans conséquence procédurale à défaut d'accord de la partie adverse : celle-ci aura peut-être engagé des frais pour répondre aux arguments de son adversaire et il est juste qu'elle n'ait pas à reprendre systématiquement une défense sur des points déjà invoqués mais auxquels l'autre partie a renoncé unilatéralement.

Il convient de relever qu'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale retirée avant le premier prononcé du juge, parce que le couple s'est réconcilié, n'empêchera pas une requête ultérieure : dans cette hypothèse en effet, la rupture postérieure est une circonstance nouvelle qui permet de prendre à nouveau des conclusions sur le domicile conjugal ou des pensions par exemple. En revanche, si une partie renonce à sa requête en attribution du domicile conjugal et en versement d'une pension, de guerre lasse, avant le premier prononcé du juge, il faut a priori retenir que l'autorité de la chose jugée s'oppose au dépôt d'une nouvelle requête, du moins aussi longtemps que des circonstances nouvelles ne la justifient point.