

La décision intermédiaire en procédure de mesures protectrices

François Bohnet/Yan Wojcik

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt TF 5A_325/2022, 5A_327/2022 se penche sur la recevabilité du recours en matière civile déposée contre une décision intermédiaire rendue dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices. L'arrêt porte également sur différentes questions liées aux contributions d'entretien ordonnées dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices. Ces dernières ne font pas l'objet du résumé et de l'analyse.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

La présente cause oppose deux époux, ayant deux enfants communs. Les époux ont déposé plusieurs requêtes de mesures superprovisionnelles et protectrices de l'union conjugale dans la procédure. Une première ordonnance de mesures superprovisionnelles a été rendue en date du 20 août 2019. Cette ordonnance fixait le domicile légal des enfants au domicile de l'époux et ordonnait la garde partagée sur lesdits enfants. En date du 5 juin 2020, lors d'une audience de mesures protectrices, au cours de laquelle la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte (ci-après : « **l'autorité de première instance** ») informait les parties de la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique, ces dernières « *se sont accordées sur le fait qu'il y avait lieu de statuer sur leurs conclusions, étant précisé que la situation pourrait être revue après réception du rapport d'expertise* »¹. La cause a été gardée à juger après la clôture de l'instruction et les plaidoiries.

¹ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. en fait A.d ; TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. en fait C/11/e.

L'expert a déposé son rapport en date du 16 février 2021. Les parties, invitées à le faire, se sont déterminées à son propos. Il n'a pas été donné suite aux réquisitions de l'épouse (sous réserve du dépôt de documents complémentaires par l'expert).²

Une ordonnance de mesures protectrices (ci-après : « **l'ordonnance** ») a été rendue le 30 avril 2021. En substance, l'ordonnance autorisait les époux à vivre séparés, prononçait la garde alternée sur les enfants, précisant que leur domicile légal se trouve chez l'époux, et fixait les différentes contributions d'entretien. En ce qui concerne la garde des enfants, l'autorité de première instance retenait qu'il convenait de statuer sur le dossier en l'état du 5 juin 2020³.

Par avis du 5 mai 2021, l'autorité de première instance a informé les parties qu'elle considérait la procédure close par l'ordonnance et que les parties devaient saisir le juge du divorce d'une requête de mesures provisionnelles. Le Tribunal de première instance du canton de Genève avait déjà été saisi d'une demande unilatérale en divorce déposée par l'époux.

Par arrêt du 31 mars 2022 (ci-après : « **l'arrêt cantonal** »), le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après : « **l'autorité de deuxième instance** ») a admis partiellement les appels déposés par les parties. En substance, les contributions d'entretien sont modifiées et la cause renvoyée à l'instance précédente en vue d'une décision finale sur les requêtes de mesures protectrices.

Les deux parties ont recouru au Tribunal fédéral et, en substance, formulé des conclusions relatives à la garde des enfants, au montant des contributions d'entretien, aux frais d'expertise et (subsidièrement) au renvoi de la cause à l'instance précédente. L'épouse conclut également, au principal, au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour complément d'instruction. Par la suite, les parties se sont déterminées sur les recours respectifs, l'effet suspensif a été partiellement accordé et les causes ont été jointes.

B. Le droit

L'arrêt porte essentiellement sur les contributions d'entretien accordées aux enfants et à l'épouse. Le présent résumé se limite à la mention de la nature finale de la décision sur cette question⁴. La suite du résumé est ainsi consacrée aux considérants portant sur la notion de décision intermédiaire (consid. 2 ; **point 1**) et de l'absence de prise en compte du rapport d'expertise (consid. 3 ; **point 2**).

1. La notion de décision intermédiaire

1.1 L'interprétation du dispositif de l'arrêt cantonal (consid. 2.1.1)

Après avoir (re)fixé les contributions d'entretien et réparti l'usage du logement de vacances des parties, l'arrêt cantonal dispose que « *Le dossier de la cause est renvoyé [à l'autorité de première instance] pour qu'elle rende une décision finale sur les requêtes de mesures protectrices des parties* ».

² Pour le paragraphe, TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 3.3 § 2.

³ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.1 ; TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. en fait A § 2.

⁴ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.2.

Pour interpréter le dispositif de l'arrêt cantonal, le Tribunal fédéral rappelle que l'autorité de deuxième instance a, quant à la question de la garde des enfants, qualifié l'ordonnance de « mesures intermédiaires ». Il est donc retenu que les appels déposés par parties contre lesdites mesures ont été rejetés et que la cause a été renvoyée à l'autorité de première instance pour qu'une décision finale soit rendue sur la garde des enfants.

1.2 La définition de la « décision intermédiaire » (consid. 2.1.3)

Se fondant sur l'ATF 139 III 86, consid. 1, le Tribunal fédéral rappelle la définition d'une décision intermédiaire. Il s'agit de la décision « *rendue par un juge saisi d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, après l'audition des parties (art. 265 al. 2 CPC), mais avant qu'il ne dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer définitivement sur les mesures requises et mettre fin à la procédure provisionnelle* »⁵.

Note Haute cour compare la décision intermédiaire avec la décision rendue sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices, puisque la première citée est appelée à être remplacée par une décision de mesures protectrices (ou de mesures provisionnelles si une procédure de divorce a été introduite) et ne reste pas en vigueur jusqu'à la décision au fond.

Plusieurs conséquences découlent du parallélisme ainsi établi. Premièrement, la décision intermédiaire rendue en procédure de mesures protectrices est, quant à son principe, dénuée d'arbitraire. Deuxièmement, il s'agit d'une décision incidente, de telle sorte que le recours dirigé à son encontre est soumis aux conditions de l'art. 93 LTF. Troisièmement, les griefs d'un tel recours sont limités à la violation des droits constitutionnels au sens de l'art. 98 LTF⁶.

1.3 Le rejet des griefs des parties et la recevabilité du recours (consid. 2.1.2 ss)

Les deux parties s'en prennent à la notion de décision intermédiaire et à la qualification de l'ordonnance. L'épouse formule un grief d'arbitraire, soutenant que la décision intermédiaire est une notion inconnue du droit fédéral. L'époux conteste que la possibilité d'ordonner une décision intermédiaire dans le cas d'espèce, puisque la preuve attendue était déjà disponible.

Le grief de l'épouse est rejeté en raison du parallélisme susmentionné, tandis que le grief de l'époux est rejeté au motif que l'autorité de première instance a statué en l'état du dossier au 5 juin 2020 (faisant abstraction du rapport rendu postérieurement). Le Tribunal fédéral retient que, procéduralement, « *[o]n se trouve en conséquence – du moins fictivement – dans une situation identique à celle où l'on serait encore dans l'attente du résultat de l'expertise* »⁷.

Retenant que la décision entreprise peut causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF, la recevabilité des recours déposés est admise. Il réserve toutefois l'allégation suffisante des griefs (art. 98 et 106 LTF) qui est, notamment, niée pour la critique de la répartition des frais d'expertise⁸.

⁵ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3.

⁶ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.4.

⁷ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3.

⁸ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 3.3 *in fine*.

2. L'absence de prise en compte du rapport d'expertise

2.1 La motivation de l'arrêt cantonal (consid. 3.2) et les griefs des parties (3.1.1 ss)

En raison de l'absence de réouverture des débats par l'autorité de première instance (ce qu'aucune des parties n'a demandé à la Cour d'appel), l'autorité de deuxième instance retient que c'est à bon droit qu'il n'a pas été tenu compte du rapport d'expertise rendu postérieurement à l'entrée en délibération de la première instance, puisque cette dernière n'était pas obligée de rouvrir les débats.

L'autorité de deuxième instance motive le renvoi à l'autorité précédente par une motivation à deux pans. Principalement, la cause a été renvoyée pour qu'une décision finale (tenant compte du rapport d'expertise) soit prononcée et que les frais d'expertise soient répartis entre les parties. Subsidiairement, pour l'hypothèse où il aurait fallu tenir compte du rapport d'expertise dans l'ordonnance, le renvoi à l'autorité de première instance est fondé sur l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC. L'autorité de deuxième instance retient que l'importance du rapport d'expertise dans la cause empêche qu'il soit apprécié en instance cantonale unique.

L'**épouse** fait grief de la violation du droit à une décision motivée. Elle considère que les deux autorités cantonales n'ont pas traité de la question des mesures d'instruction complémentaires requises.

L'**époux** soutient que l'absence de prise en compte du rapport d'expertise conduit à un établissement arbitraire des faits et une application arbitraire du droit (art. 229 al. 3, 276, 296 al. 1, 317 al. 1 et 318 al. 1 CPC). Il fait également grief d'un déni de justice formel au motif que l'autorité cantonale aurait refusé de statuer, respectivement d'entrée en matière sur le grief soumis.

2.2 La motivation de l'arrêt fédéral (consid. 3.3)

Le Tribunal fédéral rappelle que l'arrêt cantonal expose les motifs pour lesquels il considérait que l'ordonnance était conforme au droit, de telle sorte que les griefs tirés du déni de justice et de l'absence de décision motivée sont rejetés.

Sans remettre en cause l'absence d'obligation de l'autorité de première instance de rouvrir les débats, le Tribunal fédéral retient que cette dernière a violé son obligation de bonne foi (art. 52 CPC). L'autorité de première instance ne pouvait à la fois procéder à des actes d'instruction (invitation des parties à se déterminer sur le rapport et la note d'honoraires de l'expert ainsi que la suite donnée à une requête de l'épouse visant au dépôt de pièces complémentaires de la part de l'expert), qui impliquent nécessairement la réouverture de la procédure probatoire, et opposer aux parties la clôture des débats. En conséquence, le grief des parties aurait dû être admis et la cause renvoyée à l'autorité de première instance afin que ce moyen de preuve soit intégré à son appréciation.

Toutefois, le Tribunal fédéral nie l'arbitraire dans le résultat. En effet, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, l'autorité de deuxième instance a prononcé, en vertu de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC, le renvoi de la cause à l'autorité de première instance sur la question de la garde. Les époux sont donc placés dans la même situation que si la décision avait été annulée et la cause renvoyée à l'autorité de première instance, puisque l'admission de leurs griefs n'aurait pas permis au parent de récupérer le temps privé de la garde des enfants.

Notre Haute cour rejette également le grief tiré de l'application arbitraire de l'art. 317 CPC fondée sur l'absence de prise en compte du rapport par l'autorité de deuxième instance. La prise en compte dudit rapport d'expertise aurait eu pour effet de supprimer un degré de juridiction quant à un élément important pour statuer sur la garde.

Le Tribunal souligne encore que le renvoi de la cause à l'autorité de première instance indiquant expressément qu'il appartenait au juge de première instance de statuer en tenant compte du rapport d'expertise, il tranche implicitement la question des mesures d'instruction requises par l'épouse. Les griefs relatifs audit rapport d'expertise et réquisitions devront être formulés devant l'autorité de première instance, qui statuera également sur la répartition des frais d'expertise.

III. Analyse

Le Tribunal fédéral se réfère et examine, pour la première fois (expressément)⁹, le prononcé de décisions intermédiaires dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices. Avant lui, plusieurs tribunaux cantonaux de dernière instance ont rendu plusieurs décisions de principe à ce sujet.

L'arrêt TF 5A_325/2022, 5A_327/2022 est l'occasion de revenir sur la notion de décision intermédiaire (**point 1**), et d'examiner les circonstances et conditions qui entourent son prononcé et sa modification (**point 2**). Les questions liées aux voies de droit « ouvertes » contre une décision intermédiaire sont aussi abordées (**point 3**). Au terme de cette analyse, les auteurs parviennent au constat qu'il existe un besoin d'uniformisation des pratiques cantonales sur ce thème (**point 4**).

1. La notion

La notion de décision intermédiaire remonte à l'ATF 139 III 86. Cet arrêt, rendu en matière de propriété intellectuelle, concerne la décision du juge appelé à se prononcer sur le sort des mesures superprovisionnelles, pour la suite de la procédure provisionnelle, lorsqu'il ne dispose pas de l'ensemble des éléments nécessaires au prononcé de mesures provisionnelles ordinaires. Dans ce cas, il appartient au juge, après audition des parties, de rendre un premier prononcé (la décision intermédiaire) qui restera en vigueur jusqu'à ce qu'il dispose des éléments qui lui manquent et remplace ladite décision par une mesure provisionnelle ordinaire. Le Tribunal fédéral a qualifié les décisions intermédiaires de « *mesures provisionnelles susceptibles de recours* », puisqu'elles sont rendues après l'audition des parties et restent en vigueur durant un laps de temps incertain (éventuellement long), à savoir jusqu'au moment où le juge statue par mesures provisionnelles ordinaires en disposant des éléments manquants¹⁰.

Le Tribunal fédéral admet dans l'arrêt commenté que la décision intermédiaire est proche des « mesures provisionnelles » rendues en procédure de mesures protectrices, puisqu'une telle

⁹ Le Tribunal fédéral avait toutefois déjà évoqué ces décisions en matière matrimoniale, cf. TF, arrêt du 14.02.2023, 5A_395/2022, consid. 1.1, admettant la recevabilité du recours en raison d'un préjudice irréparable lié à la répartition de la garde sans examiner davantage la qualification de la décision attaquée. Il était déjà retenu qu'il s'agissait de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (consid. 2.1).

¹⁰ Pour tout le paragraphe, ATF 139 III 86, consid. 1.1.2.

décision « *ne restera pas en vigueur jusqu'à la décision au fond, mais sera remplacée par une décision de mesures protectrices de l'union conjugale dès que le juge disposera des éléments nécessaires pour rendre une telle décision, voire par une décision de mesures provisionnelles si la procédure de divorce a été introduite dans l'intervalle* »¹¹. A la lecture de l'arrêt commenté, il semble que la différence entre la décision intermédiaire et la décision de mesures provisionnelles rendues à l'occasion d'une procédure de mesures protectrices réside dans le fait que la décision intermédiaire ferait suite à un prononcé de mesures superprovisionnelles.

Il s'agit en réalité de la même notion¹². Mesures intermédiaires et « mesures provisionnelles » rendues en procédure de mesures protectrices sont des **décisions par nature provisionnelles dont la spécificité est de ne pas dessaisir le tribunal**, mais qui sont rendues après que la partie défenderesse a pu se prononcer et qui sont donc « *susceptibles de recours* »¹³. La recevabilité d'un recours en matière civile dirigé à l'encontre de mesures intermédiaires s'examine ainsi de manière identique à celle des « mesures provisionnelles » rendues en procédure de mesures protectrices¹⁴. Plusieurs arrêts fédéraux concernant des décisions qualifiées de mesures provisionnelles en procédure de mesures protectrices ont été expressément rendus, pour un laps de temps important, dans l'attente de l'administration future d'une preuve¹⁵. Les décisions intermédiaires répondent, en outre, au même impératif pratique que les mesures provisionnelles précitées : un prononcé judiciaire rapide est parfois nécessaire à la pacification des relations familiales en cours de procédure, en particulier lorsqu'il apparaît que la procédure s'annonce longue¹⁶. Ce besoin se présente de manière identique dans les procédures initiées par une requête de mesures superprovisionnelles ou par une requête mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices ou provisionnelles en cours de divorce.

¹¹ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3.

¹² Cf. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 27 *in initio* ; BOHNET, *Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce : vingt-cinq questions de procédure*, in : Bohnet/Dupont (édit.), *Les mesures provisionnelles en procédures civile, pénale et administrative*, Bâle/Neuchâtel 2015, p. 47 ss, N 51, nbp. 55 (cité : BOHNET, 25 questions). Cf. ég. BÄHLER, *Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren*, in : Eichel/Hurni/Markus (édit.), *Schneller Weg zum Recht – Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren*, Berne 2020, p. 105, qui retient, en parlant de mesures provisionnelles, que des mesures superprovisionnelles antérieures ne sont pas nécessaires.

¹³ Cf. ATF 139 III 86, consid. 1.1.2 ; TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3

¹⁴ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3. Le Tribunal fédéral considère, sans avoir définitivement tranché la question (cf. notamment TF, arrêt du 13.02.2020, 5A_590/2019, consid. 3.4 et les références citées), que le prononcé desdites décisions n'était pas arbitraire (TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3 et les références citées ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 271 CPC N 10).

¹⁵ Cf. notamment TF, arrêt du 26.03.2019, 5A_1025/2018 ; TF, arrêt du 14.08.2018, 5A_369/2018. Cf. ég. BOHNET, 25 questions, N 51, nbp. 55.

¹⁶ Comp. pour les *décisions intermédiaires* : TC/VD, arrêt du 10.06.2021, HC/2021/467, consid. 3.2.1 (sort des enfants). Cf. ég. TC/NE, arrêt du 18.02.2015, CACIV.2014.63, consid. 2b, RJN 2015, p. 152 ss. Pour les *décisions provisionnelles* : TC/JU, arrêt du 14.01.2020, CC 9/2020, p. 2 ; TC/FR, arrêt du 26.11.2015, 101 2015 165, consid. 1a/bb ; TC/FR, arrêt du 30.06.2015, 101 2014 140, consid. 2b. Cf. ég. FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 16 ; KOFMEL EHREZZELLER, *Vorsorgliche Anordnung von Unterhaltszahlungen im Eheschutzverfahren – ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Zulässigkeit*, Fampra.ch 2021, p. 19 ss.

La différence entre les deux notions est donc purement sémantique¹⁷. Les décisions intermédiaires constituent ainsi une décision provisionnelle rendue, après une administration des preuves (très) limitée, pour la durée de la procédure provisionnelle et qui sont d'emblée appelées à être modifiées lorsque le juge disposera des éléments qu'il lui manque pour trancher la cause définitivement¹⁸. Elles ne dessaisissent pas le juge. **La décision intermédiaire permet ainsi d'assurer une uniformité d'expression quant au « provisionnel en provisionnel »**¹⁹. Elle s'avère particulièrement utile pour qualifier les décisions provisionnelles rendues en procédure de mesures provisionnelles en procédure de divorce²⁰.

2. Le prononcé d'une décision intermédiaire

2.1. Le besoin d'une décision immédiate

Le prononcé d'une décision intermédiaire suppose que le juge ne puisse pas trancher immédiatement certaines prétentions invoquées dans la procédure de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles en procédure de divorce, alors qu'une telle décision serait nécessaire (et/ou urgente)²¹. La décision intermédiaire permet de rendre plusieurs (en principe deux) décisions successives sur la même question, au gré de l'avancement de l'instruction de la cause. Le juge peut ainsi rendre une décision immédiate qui tranche définitivement certaines prétentions et provisoirement d'autres qui nécessitent une instruction plus approfondie (p. ex. le dépôt de pièces²², l'établissement d'un rapport

¹⁷ La jurisprudence cantonale et la doctrine utilisent plusieurs dénominations différentes, p. ex. « *décision à caractère momentané* » (TC/NE, arrêt du 18.02.2015, CACIV.2014.63, RJN 2015, p. 152 ss), « *décisions provisionnelles intermédiaires* » (TC/JU, arrêt du 14.01.2020, CC 9/2020) ou encore « *vorläufige Ordnung* » (FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 16).

¹⁸ Cf. notamment TC/NE, arrêt du 21.06.2022, CACIV.2022.37, consid. 1 ; TC/VD, arrêt du 10.06.2021, HC/2021/467, consid. 3.2.1.

¹⁹ Cf. TC/VD, arrêt du 06.07.2021, HC/2021/548, consid. 4.2, qui retient qu'« [i]l n'existe pas de mesures provisionnelles sur mesures protectrices comme il n'existe pas de mesures provisionnelles sur mesures provisionnelles. Tout au plus peut-il y avoir des mesures intermédiaires ». La jurisprudence genevoise admet le prononcé de « mesures provisionnelles », retenant que la situation est controversée et applique les conditions des art. 261 CPC (cf. notamment, CJ/GE, arrêt du 26.04.2022, ACJC/567/2022, consid. 3.1.1) ; dans le même sens, TC/JU, arrêt du 24.04.2017, CC 19/2017, RJJ 2017, p. 163 ; TC/FR, arrêt du 26.11.2015, 101 2015 165, consid. 1a/bb ; OG/ZH, arrêt du 05.12.2017, LE170050, consid. III/1.

²⁰ Les décisions intermédiaires peuvent également intervenir dans le cadre d'une procédure de mesures provisionnelles en procédure de divorce, cf. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 276 CPC N 18 et 37 ; ZOGG, « *Vorsorgliche* » *Unterhaltszahlungen im Familienrecht*, Fampra.ch 2018, p. 82 et 86.

²¹ Cf. notamment, TF, arrêt du 18.10.2017, 5A_549/2016, consid. 4.2 *in fine* et les références citées ; TC/VD, arrêt du 10.06.2021, HC/2021/467, consid. 3.2.1 ; CJ/GE, arrêt du 16.12.2016, ACJC/1694/2016, consid. 1.3, qui retient que « *la procédure [...] n'est à ce jour pas en état d'être jugée – la situation financière de l'intimée devant encore être instruite – et où il apparaît, dans cette attente, nécessaire et urgent de déterminer le lieu de vie des enfants* » ; cf. ég. CJ/GE, arrêt du 14.05.2019, ACJC/763/2019, consid. 1.3 (qui a fait l'objet de TF, arrêt du 08.05.2020, 5A_541/2019) ; TC/NE, arrêt du 18.02.2015, CACIV.2014.63, consid. 2b, RJN 2015, p. 152 ss, où la décision est rendue pour « *assurer à l'appelante une stabilité financière* » ; OG/BE, arrêt du 06.12.2013, ZK 13 393, consid. II/1, qui retient « *Fragen der Obhutsuteilung sind oftmals dringlich zu entscheiden* ». Cf. ég. TC/FR, arrêt du 29.06.2023, 101 2023 194, consid. 2.2.

²² CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 27 ; Cf. p. ex. TC/NE, arrêt du 21.06.2022, CACIV.2022.37, consid. 1, qui évoque la situation où le juge ne dispose pas de « *toutes les pièces décisives* » ; TC/FR, arrêt du 25.02.2020, 101 2019 404, 101 2019 405, consid. 2.

d'expertise²³ ou la survenance d'un fait futur²⁴)²⁵. La jurisprudence cantonale retient plusieurs motifs différents qui peuvent conduire le juge à procéder par ce biais. La jurisprudence vaudoise considère ainsi qu'une décision intermédiaire peut être rendue dans l'attente de connaître l'effet d'un fait futur, « *le résultat d'une mesure d'instruction au long cours* » ou lorsque la décision est prise pour une durée déterminée (p. ex. jusqu'à un déménagement ou l'obtention d'un bonus)²⁶. D'autres juridictions retiennent qu'une telle décision peut intervenir, aux conditions des art. 261 ss CPC, notamment lorsque la procédure est « *susceptible de se prolonger* »²⁷. Cette dernière conception s'accorde difficilement avec le fait que les dispositions sur les mesures protectrices et les mesures provisionnelles en procédure de divorce priment les dispositions des art. 261 CPC²⁸ et pose la question de la différence du degré de preuve exigé entre les deux procédures²⁹.

Le juge doit ainsi faire usage de son pouvoir d'appréciation³⁰. Le prononcé d'une décision intermédiaire dépend donc des circonstances du cas d'espèce. Il appartiendra ainsi au juge saisi de pondérer l'utilité des parties à une telle décision (et les conséquences de l'absence d'un tel prononcé) avec le fait qu'un nombre trop élevé de décisions au cours d'une procédure peut constituer un risque (par le jeu des voies de recours) contraire au but pacificateur des procédures familiales³¹. Le seul fait qu'une longue période séparera l'entrée en délibération du tribunal du prononcé des décisions provisionnelles ordinaires (p. ex. en raison d'une surcharge de travail³²) ne peut pas justifier (à elle seule) le prononcé d'une mesure intermédiaire³³. Une décision intermédiaire doit servir le déroulement rationnel de la cause et ne constitue pas un moyen dilatoire à disposition des parties. Compte tenu de la nature par définition provisionnelle de la procédure « principale », il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue dans le prononcé de décision intermédiaire dont la spécificité est de ne pas dessaisir le tribunal³⁴.

²³ Cf. p. ex. ATF 139 III 86, consid. 1.1.2 ; TC/FR, arrêt du 26.11.2015, 101 2015 165, consid. 1a/bb, qui mentionne le résultat d'une enquête sociale ou rapport expertise sur la situation financière d'un époux.

²⁴ Cf. *Infra* nbp. 30.

²⁵ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 29 ; BOHNET, 25 questions, N 49 s. Cf. ég. TC/FR, arrêt du 02.05.2019, 101 2018 273, 101 2018 314, consid. 2.4.2 s. : une expertise psychiatrique ne peut pas être ordonnée en même temps que le juge se dessaisit de la cause.

²⁶ Cf. notamment TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. 5.2.3 ; TC/VD, arrêt du 09.02.2023, HC/2023/110, consid. 4.2.3.2 ; TC/VD, arrêt du 19.08.2022, HC/2022/682, consid. 4.2.3.2.

²⁷ CJ/GE, arrêt du 23.11.2021, ACJC/1581/2021, consid. 3.1. Dans le même sens, TC/JU, arrêt du 24.04.2017, CC 19/2017, RJJ 2017, p. 163 ; OG/BE, arrêt du 06.12.2013, ZK 13 393, consid. II/1. Cf. ég. FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 16 s. ; ZOGG, FamPra.ch 2018, p. 85. Cf. ég. *supra*, nbp. 20.

²⁸ Cf. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 276 CPC N 18 ; FamKomm Scheidung-LEUENBERGER/SUTER, art. 276 CPC N 5.

²⁹ Cf. sur cette question ZOGG, FamPra.ch 2018, p. 82 s.

³⁰ Cf. BOHNET, 25 questions, N 50. Cf. notamment, CJ/GE, arrêt du 24.01.2023, ACJC/178/2023, consid. 4.2, qui résout la question sous l'angle de l'absence d'urgence suffisante ; CJ/GE, arrêt du 09.11.2021, ACJC/1454/2021, consid. 3 et 3.2 s. Cf. ég. TC/FR, arrêt du 29.06.2023, 101 2023 194, consid. 2.2, qui retient que les débats ne peuvent être différés au motif que le juge ne dispose pas des éléments suffisants.

³¹ Cf. TC/NE, arrêt du 18.02.2015, CACIV.2014.63, consid. 2b, RJN 2015, p. 152 ss.

³² TC/FR, arrêt du 30.06.2015, 101 2014 140, consid. 2b.

³³ TC/VD, arrêt du 09.02.2023, HC/2023/110, consid. 4.2.3.2 ; TC/VD, arrêt du 19.08.2022, HC/2022/682, consid. 4.2.3.2 ; TC/VD, arrêt du 06.07.2021, HC/2021/548, consid. 4.2.

³⁴ TF, arrêt du 18.10.2016, 5A_549/2016, consid. 4.2 *in fine*, qui retient « *si tant est que l'on considère qu'elles soient admissibles, [elles doivent] être prononcées qu'avec retenue et en cas d'urgence* » ; TF, arrêt du

2.2. La première entrée en délibération

Les décisions intermédiaires impliquent que le droit d'être entendu des parties ait été respecté³⁵, à tout le moins par écrit³⁶, avant l'entrée en délibération. Outre une requête en ce sens d'une partie, le droit d'être entendu sera respecté lorsque, à l'instar de l'arrêt ici commenté³⁷, les parties s'accordent avec le juge sur un prononcé intermédiaire. L'inscription de l'accord au procès-verbal semble alors judicieuse.

Cette première entrée en délibération a pour effet de « cristalliser » l'état du dossier. Il appartient ainsi au tribunal de statuer en l'état du dossier au jour de ladite l'entrée en délibération³⁸. La décision intermédiaire implique, en principe, un prononcé rapide. Il se peut toutefois qu'elle intervienne après la survenance de l'événement attendu. Lorsqu'une décision intermédiaire est alors rendue sans en tenir compte, le Tribunal fédéral retient qu'il convient de considérer (fictivement) que la décision a été rendue avant ledit événement. C'est pour ce motif que le grief du recourant quant à la qualification de la décision attaquée se révèle infondé³⁹.

L'arrêt commenté distingue ainsi la question du champ des faits pris en compte dans le cadre d'une décision intermédiaire de la question de la réouverture des débats. Lorsque le juge entre en délibération en vue d'un prononcé intermédiaire, il ne peut procéder à des actes d'instruction sans rouvrir les débats. Un tel comportement contrevient à l'obligation de bonne foi prévue par l'art. 52 CPC et peut être invoqué à l'appui d'un recours (au sens large).⁴⁰

2.3. La modification de la décision

Lorsque le juge prononce une décision intermédiaire, il lui appartient de réserver d'emblée une modification future et éventuelle de cette décision⁴¹, et par mesure de clarté, dans le dispositif de la décision concernée⁴².

Une fois les éléments manquants au prononcé de la décision provisionnelle ordinaire à disposition, il appartient au juge de rouvrir les débats, afin d'instruire la cause en conséquence, puis de rendre une nouvelle décision. La modification de la décision ayant été

28.10.2014, 5A_870/2013, consid. 3, qui reprend la position de l'instance précédente. Cf. ég. TC/FR, arrêt du 13.12.2022, 101_2022_265, consid. 4.2.1.2 et la référence citée, qui limite les décisions prises aux seules décisions « nécessaires à l'organisation de la vie séparée jusqu'au prononcé de la décision de mesures protectrices ».

³⁵ Cf. notamment TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. 5.2.3 et les références citées, qui rappelle le caractère contradictoire de la procédure dans laquelle lesdites décisions sont rendues. Cf. ég. BÄHLER, p. 105 nbp. 51, qui retient également l'audition de l'enfant (au gré de la durée des effets de la décision et de l'urgence de la cause).

³⁶ Cf. TC/JU, arrêt du 02.07.2019, C 11/2019, p. 3.

³⁷ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. en fait A.d ; TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. en fait C/11/e.

³⁸ Sur cette notion, cf. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 272 CPC N 7, et les références citées.

³⁹ TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.2 s.

⁴⁰ Pour le paragraphe, TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 3.3.

⁴¹ TC/VD, arrêt du 26.01.2021, HC/2021/44, consid. 3.2.2 ; BOHNET, 25 questions, N 51.

⁴² Cf. TC/NE, arrêt du 18.02.2015, CACIV.2014.63, consid. 2b, RJN 2015, p. 152 ss.

d'emblée réservée, elle n'est pas soumise aux conditions de l'art. 179 CC⁴³. La modification des décisions intermédiaires ne suppose donc pas une modification (importante) des circonstances⁴⁴ et peut corriger une mauvaise appréciation de la cause par le juge, à l'aune des nouvelles preuves administrées⁴⁵.

La possibilité de modifier la décision interroge la portée de l'autorité de la chose jugée de la décision intermédiaire. La question dépend de la possibilité de revenir sur le premier prononcé dans le cadre de la deuxième décision. A notre sens, la contribution d'entretien constitue l'un des seuls éléments (si ce n'est pas le seul) d'une décision matrimoniale sur laquelle une seconde décision pourrait revenir, à la différence, par exemple, de la garde des enfants⁴⁶. Certains tribunaux retiennent ainsi que la décision intermédiaire n'alloue pas d'acompte (comme le ferait une décision superprovisionnelle)⁴⁷. D'autres considèrent que la décision intermédiaire ne statue pas définitivement sur la prétention en entretien, de telle sorte qu'une modification rétroactive est possible⁴⁸. La seconde opinion doit donc être suivie lorsque la modification de la décision est réservée afin de chiffrer, de manière plus approfondie, une donnée mathématique – existant déjà au moment du prononcé de la décision intermédiaire – nécessaire au calcul de la contribution d'entretien (p. ex. la capacité financière d'un époux). A défaut, une partie serait nécessairement lésée : le débirentier pourrait être condamné trop lourdement, et respectivement, le crédientier pourrait être privé de certaines prétentions légitimes⁴⁹. La situation est toutefois différente lorsque le juge refuse la prise en compte d'un revenu hypothétique. Il n'est pas possible de considérer *a posteriori* qu'un époux pouvait et devait trouver une activité lucrative durant la période pendant laquelle une décision lui indiquant l'inverse était en vigueur.

2.4. La convention intermédiaire

Les parties demeurent libres d'aménager leur rapport durant la procédure au moyen d'une convention⁵⁰. A notre sens, la question du « *caput controversum* » ne se pose pas, dans la mesure où les parties n'ont entendu régler que leur situation durant la procédure

⁴³ TC/VD, arrêt du 26.01.2021, HC/2021/44, consid. 3.2.2. *Contra* : TC/FR, arrêt du 27.02.2023, 101 2022 252, consid. 4.1.1, qui cite DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *Les effets du mariage*, 3^e éd., Berne 2017, N 736b.

⁴⁴ Cf. notamment, TC/VD, arrêt du 26.01.2021, HC/2021/44, consid. 3.2.2.

⁴⁵ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 276 CPC N 37 et 64.

⁴⁶ Cf. ég. TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 3.3, « *le temps que le parent privé de la garde n'a pas passé avec ses enfants ne peut être récupéré* ». Cf. ég. KG/BL, arrêt du 23.01.2018, 400 17 353, consid. 2. Cf. ég. nbp. 48.

⁴⁷ TC/VD, arrêt du 31.03.2022, HC/2022/30, consid. 5.2.3.

⁴⁸ TC/JU, arrêt du 02.07.2019, CC 11/2019, p. 3 ; KG/BL, arrêt du 23.01.2018, 400 17 353, consid. 2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 319 CPC N 5a. Cf. ég. TF, arrêt du 08.05.2020, 5A_541/2019, consid. 1.3 ; TC/NE, arrêt du 21.04.2017, CACIV.2016.100, consid. 2 et 6, RJN 2017, p. 115 ss, où l'appelant avait été condamné au paiement de contributions d'entretien « *en tant que participation indiscutable à la couverture des besoins familiaux, à imputer ultérieurement sur des montants arrêtés de manière plus précise après instruction* » ; dans le même sens, CJ/GE, arrêt du 22.02.2022, ACJC/245/2022, consid. 3.1.1, qui retient (en substance) que la contribution d'entretien octroyée dans ce cadre doit « *éviter que, pendant la procédure, les intérêts de l'une ou l'autre des parties ne subissent une atteinte ne pouvant être que difficilement réparée par la décision finale* ».

⁴⁹ Cf. TF, arrêt du 08.05.2020, 5A_541/2019, consid. 1.3.

⁵⁰ Cf. p. ex. TC/NE, arrêt du 23.11.2018, CACIV.2018.57, consid. en fait D.

uniquement⁵¹. Les parties peuvent, au contraire, réserver une modification future à partir d'un certain terme, permettant ainsi au juge de modifier, sans condition, le régime existant entre les époux⁵².

3. Les voies de droit contre la décision intermédiaire

Au *niveau cantonal*, la décision intermédiaire constitue, en principe, une décision sur mesures provisionnelles susceptible d'appel (art. 308 al. 1 let. a CPC)⁵³. Les pratiques cantonales divergent sur la voie de recours en ce qui concerne la décision intermédiaire portant sur le versement de contributions d'entretien⁵⁴. Certains tribunaux, qui retiennent que la décision ne statue pas définitivement sur la prétention en entretien (cf. *supra*, p. 10), considèrent que la décision intermédiaire s'apparenterait à une décision superprovisionnelle. Partant, elle relèverait du recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC et impliquerait la démonstration d'un préjudice difficilement réparable⁵⁵. Dans cette approche discutable, le recours est ainsi rarement ouvert dans la mesure où un simple préjudice financier ne constitue pas un préjudice difficilement réparable⁵⁶. A notre sens, au vu de la qualification de mesures provisionnelles des mesures intermédiaires⁵⁷, il convient de retenir que la voie de l'appel est ouverte. Un recours pour déni de justice (art. 319 let. c CPC) est également envisageable lorsque le juge tarde à rendre sa décision.

Au *niveau fédéral*, la décision intermédiaire peut, en principe, faire l'objet d'un recours en matière civile. La décision intermédiaire constitue une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF, et, compte tenu de sa nature provisionnelle, les motifs de recours sont limités à ceux de l'art. 98 LTF. La recevabilité du recours est donc soumise à l'existence d'un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) et à l'allégation des griefs aux conditions de l'art. 106 al. 2

⁵¹ Sur cette notion, en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, cf. ATF 142 III 518, consid. 2.6 et note de DE WECK-IMMELÉ, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2016.

⁵² Cf. TC/VD, arrêt du 26.01.2021, HC/2021/44, consid. 3.2.2 s. Cf. ég. KG/BL, arrêt du 01.03.2016, 410 16 19, consid. 1.3, CAN 2016 N 70.

⁵³ Cf. TC/NE, arrêt du 21.06.2022, CACIV.2022.37, consid. 1, qui le mentionne explicitement. Cf. ég. TF, arrêt du 18.10.2016, 5A_549/2016, consid. 3.1, qui retient qu'il s'agit de mesures provisionnelles au sens de l'art. 315 al. 4 let. b CPC. Cf. ég. TC/FR, arrêt du 29.06.2023, 101 2023 194, consid. 2.2. Cf. ég. ZOGG, FamPra.ch 2018, p. 86, nbp. 160.

⁵⁴ La jurisprudence cantonale zurichoise refuse les versements de montants pécuniaires au moyen d'une décision intermédiaire. L'*Obergericht* considère, en substance, qu'il n'existe pas de base légale suffisante au sens de l'art. 262 lit. e CPC. Cf. OG/ZH, arrêt du 09.04.2021, LE200061, consid. V/1.4 ; OG/ZH, arrêt du 25.05.2020, LE200016, consid. II/2.2 et les références citées ; FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 16 ; KUKO ZPO-STALDER/GRAF, art. 271 CPC N 5b.

⁵⁵ KG/BL, arrêt du 23.01.2018, 400 17 353, consid. 2 ; TC/JU, arrêt du 02.07.2019, CC 11/2019, p. 2 s. ; CR CPC-JEANDIN, art. 319 CPC N 5a, et la référence citée. Cf. ég. KG/BL, arrêt du 05.05.2020, 400 20 80, consid. 2.1 et les références citées, CAN 2021 N 34 (le recours au TF contre cette décision a été déclaré irrecevable [TF, arrêt du 23.11.2020, 5A_536/2020, consid. 2.3]). Cf. toutefois les décisions suivantes qui se prononcent sur appel, TC/NE, arrêt du 21.04.2017, CACIV.2016.100, consid. 2 et 6, RJN 2017, p. 115 ss ; CJ/GE, arrêt du 22.02.2022, ACJC/245/2022, consid. 3.1.1.

⁵⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 315 CPC N 15 et art. 319 CPC N 5a. Cf. ég., sur le préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF, TF, arrêt du 08.05.2020, 5A_541/2019, consid. 1.3 ; TF, arrêt du 26.03.2019, 5A_1025/2018, consid. 1.3. Cf. toutefois TF, arrêt du 14.08.2018, 5A_369/2018, consid. 1.2 *in fine* ; cf. ég. TF, arrêt du 23.11.2020, 5A_536/2020, consid. 2.2 et les références citées.

⁵⁷ Cf. *supra*, p. 5. Cf. ég. nbp. 57.

LTF. Lorsqu'une partie seulement de la décision attaquée constitue une décision intermédiaire, la recevabilité s'examine de manière séparée.⁵⁸

4. Conclusion

La décision intermédiaire est une décision provisionnelle d'un type particulier qui intervient avant une décision de mesures provisionnelles (ou de mesures protectrices) dessaisissant le juge. Le Tribunal fédéral retient que le prononcé d'une telle décision n'est pas arbitraire, ce qui semble une évidence, puisqu'il est lui-même à l'origine du concept, dont il a fait usage en matière de propriété intellectuelle⁵⁹. Il répond du reste à un impératif pratique, à savoir organiser les relations entre les parties à la procédure provisionnelle pour la durée de celle-ci. Les décisions intermédiaires ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence cantonale. La disparité des solutions retenues conduit à l'apparition d'insécurités juridiques sur des questions importantes, telles que les conditions au prononcé d'une décision intermédiaire ou la voie de droit à disposition pour contester les décisions intermédiaires qui portent sur les contributions d'entretien. On peut dès lors appeler de nos vœux une jurisprudence confirmant la figure de la mesure intermédiaire quel que soit le domaine civil concerné.

⁵⁸ Pour le paragraphe, cf. TF, arrêt du 08.06.2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, consid. 2.1.3 *in fine* et 2.4 s.

⁵⁹ Cf. ATF 139 III 86, consid. 1 ss.