

# **BGer 5A\_170/2023 vom 13. Oktober 2023**

Bundesgericht, 2023-10-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_170\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_170_2023)

FR: TF 5A\_170/2023 du 13 octobre 2023

IT: TF 5A\_170/2023 del 13 ottobre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours est dirigé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision d'irrecevabilité rendue par un tribunal supérieur statuant sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 LTF ). Il s'agit d'une décision finale, au sens de l' art. 90 LTF , dès lors qu'elle conduit à la clôture définitive de l'instance pour un motif tiré des règles de procédure ( ATF 136 V 131 consid. 1.1; arrêt 5A\_189/2023 du 12 mai 2023 consid. 3). Sur le fond, elle a pour objet une décision rendue en droit de la famille, soit une décision prise en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ). L'affaire est de nature non pécuniaire dans son ensemble. La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement touchée par la décision attaquée, qui a déclaré son appel irrecevable, et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 1.2**

Lorsque le recours est dirigé contre une décision d'irrecevabilité, les motifs développés dans le mémoire de recours ne doivent porter que sur la question de la recevabilité traitée par l'instance précédente ( ATF 123 V 335 consid. 1b; parmi plusieurs: arrêts 1C\_360/2023 du 21 juillet 2023 consid. 2; 5A\_671/2021 du 20 décembre 2021 consid. 1.2). Par ailleurs, en présence d'un recours qui a pour objet une décision d'irrecevabilité, le Tribunal fédéral ne statue pas lui-même sur le fond en cas d'admission du recours, mais il se borne en principe à renvoyer l'affaire à l'autorité précédente afin que les justiciables ne soient pas privés d'un degré de juridiction ( ATF 144 II 376 consid. 6.1; 140 III 234 consid. 3.2.3; 138 III 46 consid. 1.2). En l'occurrence, la recourante n'a pas conclu au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision. Cela étant, on comprend de sa motivation (cf. ATF 149 III 224 consid. 5.2.2) qu'elle considère que dite autorité aurait dû entrer en matière sur son appel aux fins, à tout le moins, de renvoyer la cause au premier juge pour suite de la procédure. Il y a ainsi lieu de considérer que les conclusions présentées sont suffisantes au regard de l' art. 107 LTF .

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 148 II 73 consid. 8.3.1; 146 IV 88 consid. 1.3.2; 143 V 19 consid. 2.3). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que

l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 148 I 127 consid. 4.3; 147 IV 453 consid. 1; 146 IV 114 consid. 2.1).

## **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 148 IV 39 consid. 2.3.5; 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné ( art. 106 al. 2 LTF ; cf.

supra consid. 2.1).

En l'espèce, la partie " I. Faits " du recours (all. 1-35 p. 2-6) sera ignorée en tant que les éléments qui y sont exposés s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que la recourante n'invoque, ni a fortiori ne démontre conformément aux exigences susmentionnées, que la cour cantonale aurait arbitrairement omis de les prendre en considération (sur le grief d'établissement arbitraire des faits soulevé par la recourante, cf.

infra consid. 3.2). Les autres faits allégués en lien avec sa requête d'assistance judiciaire (all. 36-49 p. 6-7) sont en revanche recevables (cf. arrêt 5A\_812/2022 du 9 juin 2023 consid. 2.3

i.f. et la doctrine citée).

## **E. 3**

La seule question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si c'est à bon droit que la juridiction précédente n'est pas entrée en matière sur l'appel interjeté devant elle par la recourante (cf.

supra consid. 1.2; ATF 137 II 313 consid. 1.3).

### **E. 3.1**

La cour cantonale a en substance considéré que le juge de district avait effectué toutes les recherches qui étaient raisonnablement exigibles, de sorte que les conditions d'une notification par la voie édictale étaient réunies. Ainsi, tant les actes de procédure que le jugement du 1er octobre 2020 avaient valablement été notifiés à la recourante par le biais des publications au Bulletin officiel. Il en résultait que ledit jugement, dont la motivation n'avait pas été demandée dans un délai de dix jours, avait acquis force exécutoire et n'était pas susceptible de faire l'objet d'un appel. L'appel déposé par la recourante le 21 octobre 2021 devait dès lors être déclaré irrecevable.

Dans une motivation subsidiaire, la cour cantonale a encore relevé qu'il résultait des informations transmises par le DFAE (pièce n° 4 annexée à la réponse à l'appel de l'intimé) que " Madame A. \_\_\_\_\_ a[vait] toujours été bien informée de la situation en Suisse ", que, le 29 mars 2021, à la suite de la première visite du Consul [de Suisse en Algérie] à W. \_\_\_\_\_, à l'occasion de laquelle celui-ci avait pu rencontrer son compagnon et les

enfants, elle " a[vait] téléphoné à l'ambassade de Suisse pendant 45 minutes et la question du jugement concernant la garde unique des enfants a[vait] été abordée par elle ", et que, le 18 septembre 2021, le Consul l'avait rencontrée et qu'elle avait " à nouveau été informée que Monsieur B. \_\_\_\_\_ avait la garde unique des enfants ".

### **E. 3.2**

La requérante se plaint d'un établissement manifestement inexact des faits et d'une violation des art. 138 et 141 CPC, considérant que le juge de district n'a pas respecté toutes ses incombances et n'a pas accompli tout ce qui était en son pouvoir avant de procéder par la voie édictale, à savoir qu'il n'a pas effectué toutes les recherches nécessaires pour déterminer son adresse en Algérie.

La requérante est d'avis que l'opinion contraire de la cour cantonale tombe à faux. Le juge de district s'était en effet contenté d'interpeller la partie adverse et le DFAE. Il n'avait en revanche pas pris contact avec l'Ambassade de Suisse en Algérie. Or, sachant que le certificat de résidence de G. \_\_\_\_\_ datait du début de l'année 2020, cela signifiait qu'il était inscrit dans les registres du contrôle des habitants. L'Ambassade de Suisse aurait ainsi été en mesure de retrouver son adresse actuelle. Même en considérant que ce serait à raison que le juge de district avait procédé à une notification à Y. \_\_\_\_\_, seule adresse connue à ce moment-là, il conviendrait de retenir, selon la requérante, que la publication au Bulletin officiel, consécutive au refus du pli, viole les art. 138 et 141 CPC. En effet, le refus visé par l'art. 138 CPC devait émaner du destinataire de l'acte, et non d'un tiers, à défaut de quoi l'acte n'était pas réputé notifié. Or, en l'occurrence, les indices convergeaient plutôt vers un refus émanant d'une tierce personne. Le fardeau de la preuve de la bonne notification incombant à l'autorité, le juge de district devait s'assurer que le refus émanait de la requérante, et non pas le supposer. Il aurait donc dû soit s'enquérir auprès de l'OFJ de l'identité de la personne ayant refusé le pli, soit, conformément à l'arrêt 6B\_471/2022, procéder à une seconde tentative de notification, en demandant également de noter l'identité de la personne réceptionnant ou refusant son courrier. De surcroît, dans la mesure où la notification avait été rapide, étant réalisée en quelques semaines, le principe de proportionnalité ne s'opposait pas à ce qu'une nouvelle tentative de notification soit effectuée.

La requérante fait par ailleurs grief à la cour cantonale de s'être fondée sur des informations issues exclusivement des emails échangés le 27 octobre 2021 entre l'avocate de l'intimé et le "Responsable pays Protection consulaire" du DFAE. Il s'agissait d'emails relatant des propos d'un tiers (le Consul de Suisse en Algérie), qui lui-même relatait les paroles d'autres personnes. Il n'y avait toutefois ni procès-verbal ni confirmation des personnes concernées (le Consul, respectivement G. \_\_\_\_\_ et les membres de sa famille) quant à la véracité de ces dires. On ne pouvait ainsi rien en tirer s'agissant de l'adresse de la requérante en Algérie au moment de la notification litigieuse ou de l'étendue des informations qui auraient été données par le Consul au sujet notamment du jugement rendu en Suisse. En se fiant à ces emails, la cour cantonale avait statué en violation des règles relatives au fardeau de la preuve, de tels documents n'étant nullement suffisants. Elle ne pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, tenir des faits contestés et non prouvés pour établis. Un tel manque de soin dans l'établissement des faits avait eu pour conséquence que les juges précédents avaient été amenés à considérer que la notification était valable alors même qu'elle avait été effectuée au domicile d'un tiers en violation de l'art. 138 CPC. S'ils avaient relativisé les propos contenus dans l'email du DFAE, ils auraient conclu qu'il n'était pas possible d'affirmer que

la recourante avait personnellement un lien avec cette adresse et de partir du principe qu'elle avait refusé le pli du Tribunal de district. Par ailleurs, ils n'auraient pas pu retenir qu'elle avait été mise au courant de la teneur du jugement du 1er octobre 2020 en mars 2021 déjà, l'email en question ne permettant pas de connaître les propos échangés avec le Consul. On ne pouvait donc en déduire une " quelconque obligation d'action " de sa part sans verser dans l'arbitraire.

Enfin, la recourante se plaint de ce que la cour cantonale a nié toute force probante aux pièces qu'elle avait déposées aux fins de prouver que son domicile était, au moment de la notification litigieuse, en ville de W. \_\_\_\_\_ et non pas à Y. \_\_\_\_\_, une localité de la wilaya de W. \_\_\_\_\_. Dite autorité ne pouvait retenir que l'adresse de Y. \_\_\_\_\_ - laquelle n'avait jamais été confirmée par les parties - était plus probable que celle de W. \_\_\_\_\_, sans tomber dans l'arbitraire.

#### **E. 4.1.1**

Le tribunal notifie aux personnes concernées notamment les ordonnances et les décisions ( art. 136 let. b CPC ). Elles sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception ( art. 138 al. 1 CPC ). Selon l' art. 141 al. 1 CPC , la notification est effectuée par publication dans la feuille officielle cantonale ou dans la Feuille officielle suisse du commerce lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n'a pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées (let. a), lorsqu'une notification n'est pas possible ou présente des difficultés extraordinaires (b), ou lorsque la partie domiciliée à l'étranger n'a pas élu de domicile de notification en Suisse malgré l'injonction du tribunal (let. c).

#### **E. 4.1.2**

Aux termes de l' art. 141 al. 1 let. a CPC , la notification intervient par voie édictale lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu, malgré des recherches jugées suffisantes. La notification par voie édictale est un mode subsidiaire de notification. Le tribunal doit intervenir d'office pour vérifier que les conditions légales sont bien réunies et ne devrait pas admettre trop facilement que le domicile du défendeur est inconnu. Cela étant, il appartient au demandeur de justifier préalablement par pièces avoir entrepris des recherches infructueuses, le tribunal devant vérifier les indications fournies par le demandeur, sans toutefois être tenu d'investiguer de manière excessive (BOHNET, Commentaire romand, CPC, 2e éd. 2019, n° s 2 et 4 ad art. 141 CPC et les références). Si les renseignements ne peuvent être donnés qu'à des organismes officiels, il appartient au juge de les demander (GSCHWEND, Basler Kommentar, ZPO, 3e éd. 2017, n° 2 ad art. 141 CPC ). Savoir s'il a été suffisamment satisfait à ce devoir de recherches s'apprécie selon la situation de fait concrète (arrêt 4A\_646/2020 du 12 avril 2021 consid. 3.2, publié in RSPC 2021 p. 326, et les références).

#### **E. 4.1.3**

Selon l' art. 140 CPC , le tribunal peut ordonner aux parties dont le domicile ou le siège se trouve à l'étranger d'élire en Suisse un domicile de notification. Conformément à l' art. 141 al. 1 let. c CPC, lorsque l'ordre d'élire un domicile de notification est resté sans suite, le tribunal est en droit de notifier les autres ordonnances de conduite du procès et le jugement par voie édictale, la notification étant alors réputée avoir eu lieu le jour de la publication ( art. 141 al. 2 CPC ) (arrêt 4A\_110/2015 du 16 avril 2015 consid. 1). La publication par voie

édictale selon l' art. 141 al. 1 let . c CPC présuppose que le destinataire ait valablement été enjoint d'élire un domicile de notification en Suisse et ait été rendu attentif aux conséquences en cas d'omission. Une telle injonction doit être adressée par voie d'entraide, sauf si un traité international permet la notification postale directe ( ATF 143 III 28 consid. 2.2.1 et la référence; COLOMBINI, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n° 1.2 ad art. 140 CPC ).

#### **E. 4.1.4**

La notification par voie édictale est le moyen ultime auquel le tribunal ne peut avoir recours que lorsque l'une des trois hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 141 al. 1 let. a à c CPC est réalisée. Si le tribunal utilise la notification par voie édictale alors que les conditions n'en sont manifestement pas réunies, la décision souffre d'un vice de procédure d'une gravité telle qu'en règle générale elle apparaît nulle ( ATF 136 III 571 consid. 6.3; en lien avec l' art. 141 al. 1 let . c CPC, cf. arrêt 4A\_141/2015 du 25 juin 2015 consid. 4 et 5.1, publié in RSPC 2015 p. 401). Il en va ainsi, à tout le moins, dans les cas où le destinataire n'a eu aucune connaissance de la procédure ( ATF 129 I 361 consid. 2.2; arrêt 4A\_646/2020 précité consid. 3.3.2 et les références). La sanction de la nullité ne s'applique ainsi pas systématiquement en cas de notification viciée par la voie édictale, la nullité apparaissant en définitive limitée aux cas où la partie n'a pas eu connaissance de la procédure (BASTONS BULLETTI, Les conséquences d'un vice de la notification d'une décision, in Newsletter CPC Online du 17 juin 2021, 2021-N13, n° 6 et les références). Il convient par ailleurs d'examiner dans chaque cas, d'après les circonstances de l'espèce, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de communication et a, de ce fait, subi un préjudice. Les règles de la bonne foi ( art. 52 CPC ), qui fixent une limite à l'invocation d'un vice de forme, sont décisives (cf. ATF 122 I 97 consid. 3a/aa; arrêts 5A\_699/2019 du 30 mars 2020 consid. 5.1, non publié aux ATF 146 III 247 ; 5A\_476/2017 du 11 septembre 2017 consid. 5.1.2 et les références; BASTONS BULLETTI, op. cit., n° 5).

#### **E. 4.1.5**

Si, comme dans la plupart des cas de notification par voie édictale, seul le dispositif a été notifié (irrégulièrement), il doit être fait droit à la demande de motivation écrite de la décision, si elle est déposée dans les 10 jours ( art. 239 al. 2 CPC ) dès le moment où l'intéressé en a eu connaissance, étant précisé que le dispositif non motivé ( art. 239 al. 1 CPC ) n'acquiert caractère exécutoire au plus tôt que dès le lendemain de l'échéance du délai de 10 jours de l' art. 239 al. 2 CPC . Si la demande de motivation est rejetée, l'intéressé peut contester ce refus, qui constitue une décision finale (BASTONS BULLETTI, op. cit., n° 7;

cf. arrêt 5D\_160/2014 du 26 janvier 2015 consid. 2.6), par la voie et le délai de l'appel ou du recours contre la décision dont la motivation a été refusée (cf. arrêt 4A\_128/2017 du 12 mai 2017 consid. 5.5, publié in RSPC 2017 p. 431; BASTONS BULLETTI, in Newsletter CPC Online du 26 octobre 2017; cf. aussi arrêt 5A\_129/2023 du 28 février 2023 consid. 6).

La demande de motivation est un préalable indispensable à la recevabilité de l'appel ou du recours. Partant, si une partie s'adresse directement au tribunal supérieur, sans requérir préalablement de motivation, et bien que l'indication des voies de droit l'ait clairement avisé des exigences de l' art. 239 al. 2 CPC , le recours est irrecevable (arrêt 5A\_678/2013 du 7 novembre 2013 consid. 2.1 et 2.2).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, il ne ressort pas de l'arrêt querellé ( art. 105 al. 1 LTF ; ATF 140 III 16 consid. 1.3.1) - et la recourante ne soutient pas le contraire - que celle-ci aurait contesté devant le Tribunal cantonal le refus - qui lui a été signifié par le premier juge le 7 octobre 2021 - de motiver le jugement du 1er octobre 2020. La question de savoir si la recourante pouvait encore se prévaloir de la nullité dudit jugement en attaquant directement celui-ci, alors qu'elle n'avait pas contesté le refus de motivation du premier juge et fait valoir son grief de nullité dans ce cadre (cf.

supra consid. 4.1.5

i.f. ), souffre toutefois de demeurer indécise, au vu des considérations qui suivent.

En l'occurrence, c'est à juste titre que la juridiction précédente a nié l'existence d'un cas de nullité, dès lors que les conditions d'une publication par la voie édictale apparaissaient réunies. En effet, la recourante échoue à infirmer le constat de la cour cantonale selon lequel le juge de district ne disposait d'aucun élément lui permettant de douter de l'exactitude de l'adresse que lui avait indiquée le DFAE, ni du moindre indice laissant supposer que l'intéressée résidait à une autre adresse. La recourante fonde son argumentation, essentiellement appellatoire, sur des documents dont le juge de district n'avait pas connaissance et ne remet pas en cause le fait constaté par la cour cantonale qu'elle n'avait pas exposé dans son appel quelles démarches dit magistrat aurait pu entreprendre pour retrouver sa trace à l'adresse figurant dans les documents en question. Quant au pli contenant les documents transmis le 31 mars 2020 à l'OFJ par le juge de district pour notification à l'adresse fournie par le DFAE, qui a été retourné au tribunal avec la mention " refusé ", force est d'admettre avec la cour cantonale que le premier juge pouvait raisonnablement partir du principe que ce pli avait été effectivement refusé par sa destinataire et était ainsi réputé lui avoir été notifié à la date du refus de la distribution ( art. 138 al. 3 let. b CPC ). En effet, le pli en cause n'a pas été retourné à l'expéditeur avec la mention - figurant également parmi les motifs d'impossibilité de distribuer l'envoi - " fausse adresse " ou " NHPAI " (

i.e. "n'habite pas/plus à l'adresse indiquée"), ce qui aurait pu engendrer un doute sur la validité de l'adresse de notification. Reste à savoir si, avant de passer à une publication par la voie édictale, le juge de district aurait dû entreprendre une seconde tentative de notification comme la recourante le soutient.

Tel n'apparaît pas être le cas. Il résulte des faits de l'arrêt attaqué ( art. 105 al. 1 LTF ; ATF 140 III 16 consid. 1.3.1) que l'injonction d'élection de domicile en Suisse selon l' art. 140 CPC faisait partie des documents transmis par le juge de district à l'OFJ le 31 mars 2020 aux fins de notification par la voie diplomatique. Conformément à ce qui a été retenu plus haut, elle est donc réputée avoir été notifiée à la recourante à la date du refus de la distribution du pli la contenant. Partant, faute de suite donnée à cette injonction, le juge de district était en droit de procéder par voie de publication au bulletin officiel aux notifications ultérieures, dont celle relative au jugement du 1er octobre 2020.

Dès lors que ce jugement a été valablement notifié par la voie édictale, le délai de 10 jours pour en demander la motivation a commencé à courir le lendemain de la publication au bulletin officiel, intervenue le 9 octobre 2020. La demande de motivation, déposée le 5 octobre 2021, est en conséquence à l'évidence tardive et, partant, irrecevable, comme l'avait à juste titre constaté le juge de district dans son courrier du 7 octobre 2021. Dans ces conditions, le jugement du 1er octobre 2020 a bien acquis force exécutoire (cf.

supra consid. 4.1.5) et n'était plus susceptible de faire l'objet d'un appel (cf. art. 239 al. 2, 2ème phr., CPC) ainsi que la cour cantonale l'a constaté à bon droit.

#### **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les conclusions de la recourante paraissant d'emblée vouées à l'échec, sa requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires sont mis à la charge de la recourante, qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a par ailleurs pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à se déterminer ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.