

# BGer 5A 197/2022 vom 24. Juni 2022

Bundesgericht, 2022-06-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_197\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_197_2022)

FR: TF 5A 197/2022 du 24 juin 2022

IT: TF 5A 197/2022 del 24 giugno 2022

## Regeste

assistance judiciaire (mémoire préventif) | Droit de la famille

## Erwägungen

### E. 1

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme prévue par la loi ( art. 42 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; sur le caractère final d'une décision sur l'assistance judiciaire rendue avec l'arrêt final sur le fond, cf. arrêts 5A\_497/2019 du 10 décembre 2019 consid. 1; 4A\_182/2018 du 21 novembre 2018 consid. 1.1; 5A\_567/2011 du 10 février 2012 consid. 1 in fine), par une partie qui a succombé en dernière instance cantonale et sur recours ( art. 75 et 76 LTF ) dans une procédure de mesures provisionnelles relative à la garde d'un enfant, aux relations personnelles de celui-ci avec son père ainsi qu'à son entretien convenable, à savoir dans une cause civile ( art. 72 al. 1 LTF ), non pécuniaire dans son ensemble. Le recours en matière civile est donc en principe recevable.

### E. 2.1

Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ( ATF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3; 142 II 369 consid. 4.3).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il

démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

### **E. 3**

Le recourant dénonce une violation de l' art. 29 al. 3 Cst. au motif que la cour cantonale aurait à tort considéré que son mémoire préventif était dépourvu de chances de succès.

#### **E. 3.1**

L' art. 29 al. 3 Cst. conditionne notamment l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite à l'existence de chances de succès ( ATF 139 III 396 consid. 1.2; 139 I 206 consid. 3.3.1). Une procédure est dépourvue de chances de succès lorsque les perspectives de l'emporter sont notablement plus faibles que les risques de perdre, de sorte qu'une personne raisonnable renoncerait à s'y engager. Une personne indigente ne doit pas se lancer, parce qu'elle plaide aux frais de la collectivité, dans des démarches vaines qu'une personne raisonnable n'entreprendrait pas si, disposant de moyens suffisants, elle devait les financer de ses propres deniers ( ATF 142 III 138 consid. 5.1; 140 V 521 consid. 9.1).

#### **E. 3.2**

La cour cantonale a relevé que la requête d'effet suspensif déposée le 30 décembre 2021 par la mère et l'enfant avait été déclarée irrecevable par ordonnance du 6 janvier 2022. Faisant référence à STERCHI (in Berner Kommentar, ZPO, 2012, n° 15 ad art. 315 CPC ), elle a rappelé que lorsqu'une requête ou demande est rejetée en première instance, la question d'un éventuel effet suspensif ne se pose pas en appel, l'octroi de l'effet suspensif n'entrant en ligne de compte que si la requête ou la demande a été admise. Selon la cour cantonale, cette irrecevabilité était reconnaissable d'emblée. Il en découlait que le mémoire préventif était inutile et que ses chances de succès étaient inexistantes, étant rappelé qu'il ne portait que sur la question d'un éventuel octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel en cas de dépôt d'un appel et pas sur l'hypothèse d'une requête de mesures superprovisionnelles pour la procédure d'appel. Dans la mesure où le mémoire préventif demandait que soit accordé à l'intimé le droit d'être entendu avant qu'il ne soit statué sur la question de l'effet suspensif, il était également inutile, étant donné que le droit d'être entendu ressort de la loi ( art. 53 CPC ) et que la 2e Chambre civile accorde toujours le droit d'être entendu à l'adverse partie avant d'accorder le bénéfice de l'effet suspensif à la partie qui le requiert. Il arrivait parfois que la 2e Chambre civile ordonne qu'il soit sursis provisoirement à l'exécution de la décision attaquée jusqu'à ce qu'elle ait statué sur la question de l'effet suspensif mais, s'agissant d'une décision négative, un tel procédé n'entraîne de toute manière pas en ligne de compte. Une personne raisonnable et disposant des moyens nécessaires ne déposerait pas un mémoire préventif inutile. La condition matérielle à l'octroi de l'assistance judiciaire n'était dès lors

pas remplie.

### **E. 3.3**

Le recourant se plaint du fait que les juges précédents ont arbitrairement ( art. 9 Cst. ) omis de constater que son adverse partie avait contesté que la décision de première instance révoquant les mesures superprovisionnelles fût exécutoire et avait annoncé son intention de faire appel en demandant la restitution (recte: l'octroi) de l'effet suspensif. Or, ce fait, pertinent, permettait de retenir qu'il avait de bonnes raisons de penser que son adverse partie allait demander l'effet suspensif. Dans le cadre d'un examen rétrospectif se plaçant au moment du dépôt du mémoire préventif, il fallait ainsi reconnaître qu'une partie raisonnable placée dans une même situation, mais disposant des ressources financières pour agir seule, aurait considéré qu'il était tout à fait envisageable que l'autorité d'appel accorde l'effet suspensif à titre superprovisoire, avec pour effet de faire revivre les mesures superprovisionnelles, et donc dépose un mémoire préventif pour s'en prémunir. Le fait qu'au terme de son raisonnement, la Cour suprême ait, sur la base d'un avis doctrinal, adopté une solution juridique qui nie la possibilité de faire renaître les mesures superprovisionnelles par octroi de l'effet suspensif n'y changeait rien, car il existait à l'évidence, pour le recourant, des motifs légitimes de craindre qu'une solution contraire à ses intérêts (et à ceux de son fils), au demeurant préconisée par une partie de la doctrine, soit également retenue. Le recourant se plaint aussi d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) et de formalisme excessif ( art. 29 al. 1 Cst. ) en tant que la cour cantonale a retenu, pour motiver son refus de l'assistance judiciaire, que le mémoire préventif ne portait pas sur l'octroi de mesures superprovisionnelles en appel. Or, il résultait sans l'ombre d'un doute de la lecture de son mémoire préventif qu'il souhaitait le rejet de toute mesure qui le priverait de droits aux relations personnelles avec son fils, quelle qu'en fût la nature. L'interdiction du formalisme excessif et l'application du principe de la confiance commandaient de retenir, même si ses conclusions n'en faisaient pas expressément état et se limitaient à l'effet suspensif que l'adverse partie avait annoncé vouloir requérir, qu'il s'opposait clairement à toute mesure superprovisionnelle qui l'aurait privé de contact avec son fils, comme il s'y était d'ailleurs opposé (finalement avec succès) en première instance. Il n'y aurait eu aucun sens qu'il s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif, mais n'ait pas d'avis ou ne s'oppose pas au prononcé (en appel) de mesures superprovisionnelles. Il était donc arbitraire et excessivement formaliste de retenir que son mémoire préventif ne portait pas sur des mesures superprovisionnelles en appel, alors que tel était matériellement le cas. Le recourant considère par ailleurs qu'il est quelque peu contradictoire de dénier les chances de succès du mémoire préventif alors qu'il avait, sur le fond, obtenu ce qu'il voulait. Enfin, il relève que la pratique de la Cour suprême d'accorder toujours et systématiquement le droit d'être entendu, même en présence d'une requête de mesures superprovisionnelles en deuxième instance, ne ressort ni de sa jurisprudence publiée, ni de ses directives, et qu'elle diffère de celle du Tribunal fédéral, à qui il arrive d'accorder l'effet suspensif à titre superprovisionnel à des recours déposés devant lui. Aussi, cette pratique ne pouvait lui être opposée dans le cas d'espèce pour dénier les chances de succès de son mémoire préventif.

#### **E. 3.4.1**

Le mémoire préventif au sens de l' art. 270 CPC peut être déposé en lien avec toutes mesures superprovisionnelles ou toutes autres mesures sans audition préalable des parties, dont l'intéressé pense qu'elles pourraient être requises par sa partie adverse (SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO, 2021, n° 2 ad art. 270 CPC ;

BOVEY/FAVROD-COUNE, *Petit Commentaire CPC*, 2021, n° 1 ad art. 270 CPC ; HUBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3ème éd. 2016, n° 11 i.f. ad art. 270 CPC ; ZÜRCHER, in *DIKE-Kommentar ZPO*, 2ème éd. 2016, n° 2 ad art. 270 CPC ). Il permet à l'intéressé d'exercer son droit d'être entendu avant le prononcé des mesures superprovisionnelles potentiellement requises (BOVEY/FAVROD-COUNE, loc. cit.). Dès lors que la décision y relative constitue une mesure provisionnelle, le mémoire préventif peut aussi être déposé aux fins de prévenir l'octroi avant audition des parties de l'effet suspensif par l'instance de recours (cf. GÜNGERICH, in *Berner Kommentar, ZPO*, 2012, n° 8 ad art. 270 CPC ; HESS-BLUMER, in *Basler Kommentar, ZPO*, 3ème éd. 2017, n° 7 i.f. ad art. 270 CPC ; BOHNET, in *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2ème éd. 2019, n° 5 ad art. 270 CPC ; dans ce sens: OGer Zug, 27.04.2017, BZ 2017 32, consid. 2, publié in *GVP* 2017 p. 188 et in *CAN* 2017 n° 53 p. 167, approuvé par BENEDIKT SEILER, *Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO*, in *BJM* 2018 p. 65 ss [91]). L'art. 270 CPC a ainsi vocation à s'appliquer à des procédures dans lesquelles un juge est appelé à statuer rapidement sans entendre la partie adverse et non pas à des procédures au fond, et est de surcroît limité dans le temps puisque le mémoire préventif est caduc après six mois ( art. 270 al. 3 CPC ; arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 décembre 2021, A-3201/2019, consid. 9.2).

#### **E. 3.4.2**

Aux termes de l'art. 315 al. 4 let. b CPC , l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles. L'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable ( art. 315 al. 5 CPC ). Sauf urgence ( art. 265 CPC ), la partie adverse doit être entendue avant qu'il soit statué sur effet suspensif au sens de l'art. 315 al. 5 CPC , quand bien même la décision est modifiable ( art. 268 CPC ; arrêt 5A\_350/2013 du 8 juillet 2013 consid. 2.1-2.2, publié in *FamPra.ch* 2013 p. 1034; BASTONS BULLETTI, in *Petit Commentaire CPC*, 2021, n° 10 ad art. 315 CPC ).

#### **E. 3.4.3**

Selon un principe général, l'effet suspensif ne peut être octroyé à un recours ayant pour objet une décision rejetant une demande (arrêt 5A\_881/2017 du 23 janvier 2018 consid. 2.3, publié in *RSPC* 2018 p. 235 et in *BISchK* 2019 p. 240; STERCHI, in *Berner Kommentar, ZPO*, 2012, n° 15 ad art. 315 CPC ). D'aucuns considèrent toutefois que l'octroi de l'effet suspensif entre en ligne de compte lorsque des mesures superprovisionnelles ont été ordonnées avant le rejet des mesures provisionnelles, avec pour effet de faire renaître les mesures superprovisionnelles (SÖRENSEN, in *Commentaire pratique, Droit matrimonial*, 2016, n° 17 ad art. 315 CPC ; BOHNET, op. cit., n° 18 ad art. 265 CPC ; dans ce sens: TC VD, 11.11.2019, in *JdT* 2020 III 121 consid. 3; contra: STERCHI, op. cit., n° 16 i.f. ad art. 315 CPC ). Certains auteurs affirment même que le dépôt de l'appel (ou du recours) maintiendrait la validité des mesures superprovisionnelles (SPRECHER, in *Basler Kommentar, ZPO*, 3ème éd. 2017, n° 46 ad art. 265 CPC ; GÜNGERICH, op. cit., n° 20 art. 265 CPC ). Quant au Tribunal de céans, il a jugé que lorsqu'un recours dirigé contre des mesures provisionnelles est admis, que la décision attaquée est annulée et que la cause est 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 ( ATF 139 III 86 consid. 1.1.1 i.f.).

#### **E. 3.4.4**

Point n'est besoin d'examiner plus avant la question de l'éventuelle renaissance des mesures superprovisionnelles ordonnées en première instance en cas d'effet suspensif octroyé à un appel interjeté contre une décision négative rendue sur mesures provisionnelles. En effet, contrairement à ce que prétend le recourant, le principe selon lequel le droit d'être entendu doit être garanti avant qu'une décision sur effet suspensif ne soit rendue résulte clairement de la jurisprudence du Tribunal de céans. Sauf à démontrer que la Cour suprême aurait pu, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, octroyer l'effet suspensif à titre superprovisionnel au sens de l' art. 265 al. 1 CPC , ce que le recourant ne fait pas de manière claire et détaillée, force est d'admettre avec les juges précédents que le mémoire préventif était inutile puisque l'intéressé aurait nécessairement été invité à se déterminer avant qu'il ne soit, le cas échéant, fait droit à la requête d'effet suspensif assortissant l'appel. En tirer, pour ce motif en soi suffisant, la conclusion que le mémoire préventif était dénué de chances de succès ne prête dès lors pas le flanc à la critique. Un tel résultat rend superflu l'examen des autres critiques du recourant. Infondé, le grief doit être rejeté.

#### **E. 4**

Le recourant se plaint d'une violation des art. 127 et 9 Cst. dans l'application des art. 95 al. 2 et 270 CPC , en tant que la cour cantonale a mis les frais du mémoire préventif à sa charge. Il estime que le mémoire préventif ne peut pas donner lieu au prélèvement de frais. En effet, pour que tel puisse être le cas, il faut qu'il existe une base légale. Tel ne serait pas le cas ici: ni l' art. 270 CPC , concernant le mémoire préventif, ni l' art. 95 al. 2 CPC , relatif aux frais judiciaires, ne prévoient le prélèvement de frais pour le dépôt d'un tel acte. Or, selon la jurisprudence et la doctrine, la liste de l' art. 95 al. 2 CPC est exhaustive. Aussi n'existerait-t-il aucune base légale pour le prélèvement de frais judiciaires en lien avec un mémoire préventif. Si, par extraordinaire, le Tribunal de céans devait considérer que la perception de frais judiciaires en lien avec le mémoire préventif était possible, le recourant dénonce une application arbitraire de l' art. 108 CPC . En effet, l'inutilité, au sens de cette disposition, doit faire l'objet d'un examen rétrospectif identique à celui des chances de succès selon l' art. 29 al. 3 Cst. Or, le dépôt d'un mémoire préventif procédait en l'occurrence d'une démarche que tout plaideur raisonnable et fortuné, placé dans la même situation, aurait accomplie, au vu des incertitudes qui existent en la matière. La cour cantonale avait donc arbitrairement retenu que la situation était tellement claire et la démarche de l'appelante (soit la demande d'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel) à ce point dénuée de toute chance de succès que le dépôt d'un mémoire préventif en était inutile.

#### **E. 4.1.1**

Quoi qu'en dise le recourant la loi n'exclut pas que le tribunal puisse percevoir des frais judiciaires en lien avec le dépôt d'un mémoire préventif (cf. BEAT BRÄNDLI, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, 2013, n° 547 p. 245; GÜNGERICH, *op. cit.*, n° 14 ad art. 270 CPC ; HUBER, *op. cit.*, n° 19 ad art. 270 CPC ). La perception de frais apparaît en tout cas justifiée lorsqu'une procédure spécifique est ouverte au moment du dépôt du mémoire préventif et qu'une décision est rendue confirmant la réception dudit mémoire et sa conservation en mains du tribunal (cf. HESS-BLUMER, *op. cit.*, n° 38 ad art.

270 CPC ). Dans une telle hypothèse, l' art. 95 al. 2 let. b CPC permet la perception de frais judiciaires (HESS-BLUMER, loc. cit.; BRÄNDLI, loc. cit.; PFAFFHAUSER, Die Schutzschrift gemäss Art. 270 ZPO unter Berücksichtigung der bisherigen kantonalen Praxis, in sic! 2011 p. 565 ss [572]), le tribunal pouvant le cas échéant en exiger l'avance ( art. 98 CPC ; ROHNER/WIGET, in OFK ZPO, 2ème éd. 2015, n° 11 ad art. 270 CPC ). Certains auteurs sont toutefois d'avis que si le tribunal n'ouvre pas de procédure spécifique à réception du mémoire préventif, le paiement de frais ne devrait pas pouvoir être exigé tant que le tribunal n'est pas formellement saisi par la partie adverse d'une requête de mesures (super) provisionnelles (cf. BOVEY/FAVROD-COUNE, op. cit., n° 10 ad art. 270 CPC ; BOHNET, op. cit., n° 19 ad art. 270 CPC ). Quoiqu'il en soit, une fois qu'une telle requête est déposée et tranchée, le sort des frais est réglé selon les principes découlant des art. 106 ss CPC (ROHNER/WIGET, op. cit., loc. cit.). Ainsi, si le requérant est débouté de ses conclusions, celui-ci doit supporter les frais judiciaires occasionnés par le dépôt du mémoire préventif (cf. HESS-BLUMER, op. cit., n° 38a ad art. 270 CPC ; BRÄNDLI, loc. cit.; PFAFFHAUSER, loc. cit.). Dans l'hypothèse inverse, c'est à l'auteur du mémoire préventif d'en supporter les frais y relatifs (cf. KGer GR, 20.10.2020, ZK2 20 27, consid. 8.1).

#### **E. 4.1.2**

Selon l' art. 108 CPC , les frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés, indépendamment du sort de la cause (arrêts 5A\_246/2019 du 9 juin 2020 consid. 7.1; 5A\_5/2019 du 4 juin 2019 consid. 3.3.1; 4A\_74/2018 du 28 juin 2018 consid. 7.2.1). Sont inutiles des frais qui ne servent aucunement à la résolution du litige ou occasionnés de manière contraire au principe d'économie de la procédure (arrêt 5A\_246/2019 précité loc. cit. et la référence). L'imputabilité de ces frais n'est pas subordonnée à un comportement répréhensible ( ATF 141 III 426 consid. 2.4.4; arrêt 5A\_246/2019 précité loc. cit. et la référence). Elle doit s'apprécier par rapport à ce qu'un plaideur procédant selon les règles de l'art aurait fait et non en fonction d'un résultat a posteriori (arrêt 5A\_246/2019 précité loc. cit. et la référence). La décision sur la répartition des frais relève du pouvoir d'appréciation du juge ( art. 4 CC ). Quand bien même il résulte de son texte qu'il ne s'agit pas d'une disposition potestative, la doctrine est d'avis que le juge dispose aussi d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'application de l' art. 108 CPC (arrêt 5A\_246/2019 précité loc. cit. et les références). Le Tribunal fédéral n'en revoit l'exercice qu'avec retenue; il n'intervient que si l'autorité cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation, en prenant en considération des éléments qui ne jouent pas de rôle au sens de la loi ou en omettant de tenir compte de facteurs essentiels (arrêt 5A\_246/2019 précité consid. 5.1 et 7.1).

#### **E. 4.2**

La Cour suprême a fait application en l'espèce de l' art. 108 CPC et a en conséquence mis les frais liés au dépôt du mémoire préventif à la charge du recourant. Un tel procédé ne prête pas le flanc à la critique dès lors que l'inutilité constatée du mémoire préventif résiste à l'examen et que le recourant échoue à démontrer en quoi la cour cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation.

#### **E. 5**

En définitive, le recours doit être rejeté. Le recourant, qui succombe, supportera par conséquent les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Sa requête d'assistance judiciaire, dont

les conditions sont réunies, peut toutefois être admise ( art. 64 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

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