

## **BGer 5A\_28/2015 vom 22. Mai 2015**

Bundesgericht, 2015-05-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_28\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_28_2015)

FR: TF 5A\_28/2015 du 22 mai 2015

IT: TF 5A\_28/2015 del 22 maggio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recours est formé, en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme prévue par la loi ( art. 42 LTF ), contre une décision d'irrecevabilité. Il s'agit d'une décision finale, dès lors qu'elle conduit à la clôture définitive de l'instance pour un motif tiré des règles de procédure ( art. 90 LTF ); elle a en outre été prise en dernière instance et sur recours par le tribunal supérieur du canton de Genève ( art. 75 LTF ). Sur le fond, la contestation porte sur des mesures protectrices de l'union conjugale, soit une décision en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ). L'affaire est de nature non pécuniaire, tant les droits parentaux, la jouissance du domicile conjugal que les contributions d'entretien étant encore litigieux. Le recourant a en outre pris part à la procédure devant l'autorité précédente; il est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ( art. 76 al. 1 LTF ). Les pouvoirs de son mandataire ont en outre été dûment légitimés par la production d'une procuration valable ( art. 40 al. 2 LTF ). Le recours est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

#### **E. 2.1**

L'arrêt attaqué porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5; 585 consid. 3.3), de sorte que seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine ce grief que s'il a été invoqué et motivé par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée (" principe d'allégation "; ATF 133 IV 286 consid. 1.4). Il n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 133 III 589 consid. 2).

#### **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 ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt attaqué que s'il démontre la violation de droits constitutionnels par l'autorité cantonale. Les art. 95 et 97, ainsi que l' art. 105 al. 2 LTF , ne s'appliquent donc pas directement puisqu'ils ne sont pas des droits constitutionnels ( ATF 133 III 393 consid. 7.1; 585 consid. 4.1). Toutefois, l'application de l' art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat: le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires et ont une influence sur le résultat de la décision (arrêt 5A\_909/2010 du 4 avril 2011 consid. 2.2).

#### **E. 2.3**

Aux termes de l' art. 99 al. 1 LTF , aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente. Il est toutefois possible d'alléguer et de prouver des faits non constatés dans la décision attaquée, qui se rapportent à un vice de procédure que l'on ne pouvait invoquer avant que dite décision ne soit rendue (

CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2

ème éd., 2014, n° 23 ad art. 99 LTF ). Dans cette mesure, il y a lieu de tenir pour recevables les pièces nouvelles, postérieures à la date de l'arrêt attaqué, que le recourant a produites à l'appui de son recours.

En revanche, les autres pièces produites par le recourant, notamment celles transmises les 6 février et 7 mai 2015, doivent être écartées de la procédure.

### **E. 3**

Le recourant fait grief à la Cour de justice d'avoir violé son droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ), les règles de la bonne foi en procédure ( art. 5 al. 3 Cst. ), ainsi que l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ). L'autorité précédente ne lui avait en effet pas permis de se déterminer sur une éventuelle irrecevabilité de son appel, avait laissé perdurer la procédure durant plusieurs mois sans interpeller les parties sur cette question et était tombée dans l'arbitraire en considérant que le délai d'appel de 10 jours n'avait pas été respecté.

#### **E. 3.1.1**

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; 133 I 270 consid. 3.1 p. 277 et la jurisprudence citée). Le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise s'applique sans restriction pour les questions de fait. Ce droit n'empêche pas le juge de mettre en oeuvre les moyens d'investigation qui sont à sa disposition afin d'élucider une question de fait ou de droit, mais l'oblige, si le résultat de ses recherches est propre à influencer la solution du litige, à en informer les parties et à leur donner l'occasion de se déterminer en faisant valoir, le cas échéant, les contre-preuves pertinentes ( ATF 124 I 49 consid. 3a p. 53 et les arrêts cités). Commet ainsi une violation du droit d'être entendu l'autorité qui recueille d'office un renseignement essentiel concernant le respect d'un délai de recours, et rend sa décision au détriment d'une partie sans lui laisser la possibilité de s'exprimer ( ATF 115 Ia 8 consid. 2c p. 11). Toutefois, lorsqu'il résulte manifestement des pièces du dossier qu'un délai n'a pas été respecté et que le juge n'a aucun doute à ce sujet, on ne saurait exiger de lui, au regard de l' art. 29 al. 2 Cst. , qu'il donne encore à l'intéressé l'occasion de se prononcer avant de rendre sa décision (arrêt 5P.271/2005 du 22 décembre 2005 consid. 2). Il serait au demeurant contraire à l'économie de procédure et à l'institution des délais d'exiger des autorités qu'elles interpellent systématiquement la partie concernée lorsqu'un délai n'est pas respecté, même lorsque les circonstances excluent tout doute sur cette question (arrêt 1C\_85/2007 du 6 septembre 2007 consid. 3.2 et la jurisprudence citée). Ce n'est ainsi que lorsqu'il existe un doute quant à la tardiveté du recours que l'autorité cantonale doit, afin de respecter le droit d'être entendu, impartir un délai au recourant pour qu'il puisse présenter ses observations à ce sujet (cf. arrêts 1C\_85/2007 du 6 septembre 2007 consid. 3.2; 1P.254/2006 du 4 août 2006 consid. 2.2 et les arrêts cités; cf. ég. ATF 94 I 15 consid. 2 p. 16 s.; arrêts 5P.113/2005 du 13 septembre 2006, consid. 3.1; 1P.254/2006 du 4 août 2006 consid. 2.2).

#### **E. 3.1.2**

L' art. 138 al. 1 CPC prévoit que les citations, les ordonnances et les décisions sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception.

Selon une jurisprudence constante, un envoi recommandé est réputé notifié à la date à laquelle son destinataire le reçoit effectivement. Lorsque ce dernier ne peut pas être atteint et qu'une invitation à retirer l'envoi est déposée dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, la date du retrait de l'envoi est déterminante; si le pli n'est pas retiré dans le délai de garde de sept jours, il est réputé avoir été communiqué le dernier jour de ce délai ( ATF 134 V 49 consid. 4 p. 51; 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399; 117 V 131 consid. 4a p. 132; 116 Ia 90 consid. 2a p. 92; 115 Ia 12 consid. 3a p. 15; 97 III 7 consid. 1 p. 10). Ces principes sont désormais ancrés à l' art. 138 al. 3 let. a CPC .

La fiction de la notification à l'échéance du délai de garde suppose que l'avis de retrait a été déposé dans la boîte aux lettres du destinataire et qu'il soit arrivé par conséquent dans sa sphère privée ( ATF 116 III 59 consid. 1b p. 61 et les références; arrêt 4A\_321/2014 du 27 mars 2015 consid. 5 et l'arrêt cité). La jurisprudence établit une présomption de fait - réfragable - selon laquelle l'employé postal a correctement inséré l'avis de retrait dans la boîte à lettres ou la case postale du destinataire et que la date de ce dépôt, telle qu'elle figure sur la liste des notifications, est exacte (arrêt 6B\_463/2014 du 18 septembre 2014 consid. 2.2; 8C\_412/2011 du 30 avril 2012 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a considéré que la présomption du dépôt régulier de l'avis de retrait était renversée dans un cas où des erreurs de distribution des avis de retrait dans les cases postales avaient eu lieu à plusieurs reprises au sein de l'office de poste en question (arrêt 2C\_38/2009 du 5 juin 2009 consid. 5.3), lorsque la mention " avisé pour retrait " ne figurait pas dans le résultat des recherches effectuées par la Poste au moyen du système " Track & Trace " (arrêt 2C\_780/2010 du 21 mars 2011 consid. 2.7; 8C\_412/2011 du 30 avril 2012 consid. 3.2), ou encore lorsque la date du dépôt de l'avis de retrait enregistrée dans le système " Track & Trace " ne correspondait pas à la date du dépôt effectif de dit avis dans la case postale du conseil du recourant (arrêt 4A\_321/2014 du 27 mars 2015 consid. 5).

### **E. 3.2**

En l'espèce, après avoir instruit l'affaire au fond et gardé la cause à juger, la cour cantonale s'est basée sur les indications figurant sur le suivi des envois de La Poste (" Track & Trace ") pour retenir que la notification fictive était intervenue le 16 août 2014, soit sept jours après le dépôt, le 9 août 2014, de l'avis de retrait dans la case postale du conseil du recourant, et juger que l'appel formé le 27 août 2014 était tardif.

A l'aune du grief tiré de la violation du droit d'être entendu, il convient de déterminer si l'autorité précédente aurait dû interpeller le recourant au sujet du respect du délai d'appel. En l'occurrence, l'examen du relevé " Track & Trace " accrédite le constat selon lequel l'appel était tardif. Il résulte toutefois de la première page de l'acte d'appel que le jugement de première instance querellé a été " reçu " le 18 août 2014. Cet élément du dossier vient ainsi contredire les indications figurant sur le suivi des envois de La Poste. S'il est vrai que compte tenu de cette contradiction, on aurait probablement pu attendre du recourant qu'il allègue et offre de prouver dans son acte d'appel les circonstances factuelles dont il se prévaut aujourd'hui (cf. à cet égard Reetz/Theiler,

in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/  
Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2ème éd. 2013, n° 23 ad art. 311 CPC ; François Chaix, La rédaction de l'acte d'appel,

in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, 2013, p. 730), il n'en demeure pas moins que les informations figurant en tête de l'acte d'appel rapprochées de celles fournies par le relevé " Track & Trace " suffisaient à éveiller le doute quant au respect du délai d'appel et, partant, imposaient à la cour cantonale d'interpeller le recourant à ce sujet (cf.

supra consid. 3.1.1

in fine ). Il suit de là que le droit d'être entendu de ce dernier a bien été violé.

Le déroulement particulier de la procédure d'appel se révèle en outre contraire au principe de la bonne foi consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst. , qui commande à l'autorité de s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et l'empêche de tirer un quelconque avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (cf. ATF 126 II 97 consid. 4b p. 104 s.; 124 II 265 consid. 4a p. 269 s. et les arrêts cités). En effet, immédiatement après l'introduction de l'appel, la cour cantonale a ordonné une instruction écrite, décidant ainsi implicitement d'entrer en matière sur le fond de l'affaire. Elle s'est toutefois ravisée plusieurs mois après en rendant l'arrêt querellé. Or le fait d'ordonner une instruction écrite sur le fond, avec réplique et duplique, permettait légitimement au recourant de penser que la cour cantonale tenait son appel pour recevable, à tout le moins s'agissant du respect du délai d'appel. Si tel n'avait pas été le cas, une correcte - et prévisible - application des règles de procédure aurait en effet dû conduire l'autorité précédente à déclarer d'emblée l'appel irrecevable et, partant, à ne pas inviter l'intimée à répondre (cf. art. 312 al. 1

in fine CPC; JEANDIN,

in: Code de procédure civile commenté, n° 6 s. ad art. 312 CPC ; REETZ/THEILER, op. cit., n° 17 ad art. 312 CPC ).

Compte tenu de ce qui précède, le recours s'avère bien fondé. L'arrêt doit ainsi être annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle instruisse la question du respect du délai d'appel.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est admis. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du canton de Genève ( art. 66 al. 3 LTF ; arrêt 5A\_61/2012 du 23 mars 2012 consid. 4). Le recourant peut prétendre à une indemnité à titre de dépens, à la charge, pour moitié chacun, d'une part, du canton de Genève et, d'autre part, de l'intimée ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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