

## **BGer 5A\_303/2020 vom 4. August 2020**

Bundesgericht, 2020-08-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_303\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_303_2020)

FR: TF 5A\_303/2020 du 4 août 2020

IT: TF 5A\_303/2020 del 4 agosto 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

La décision querellée, qui refuse de suspendre l'exécution d'une ordonnance de mesures provisionnelles rendue dans le cadre d'une procédure de divorce, contre laquelle un appel a été formé, constitue une décision incidente en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ; ATF 137 III 475 consid. 1; arrêt 5A\_941/2018 du 23 janvier 2019 consid. 1.1).

La Cour d'appel n'a pas statué sur recours mais en qualité d'autorité cantonale unique dans le cadre d'une procédure d'appel; le recours en matière civile est cependant admissible en vertu de l' art. 75 al. 2 LTF ( ATF 143 III 140 consid. 1.2; 138 III 41 consid. 1.1).

Le recours contre une décision incidente est soumis à la voie de droit qui est ouverte contre la décision principale ( ATF 137 III 380 consid. 1.1). La cause pour laquelle l'effet suspensif est requis porte notamment sur l'autorisation donnée à la mère de déménager avec l'enfant et d'inscrire celle-ci à l'école publique dès l'année scolaire 2020/2021 ainsi que sur la modification du droit de visite du père dès la fin de l'année scolaire 2019/2020; le litige a ainsi pour objet une affaire non pécuniaire, de sorte que le recours est recevable indépendamment de la valeur litigieuse (arrêts 5A\_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 1; 5A\_331/2015 du 20 janvier 2016 consid. 1). Le présent recours a en outre été interjeté dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et en la forme ( art. 42 al. 1 LTF ) prévus par la loi par une partie qui a succombé dans ses conclusions en instance cantonale ( art. 76 LTF ).

#### **E. 1.2**

Hormis les décisions mentionnées à l' art. 92 al. 1 LTF , une décision préjudicielle ou incidente ne peut être entreprise immédiatement que si elle peut causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ( art. 93 al. 1 let. b LTF ).

Le " préjudice irréparable " au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF doit être de nature juridique et ne pas pouvoir être réparé ultérieurement par une décision finale favorable au recourant ( ATF 144 III 475 consid. 1.2; 144 IV 321 consid. 2.3), en particulier parce que la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible le contrôle par le Tribunal fédéral ( ATF 142 III 798 consid. 2.2).

Selon la jurisprudence, lorsque la question du lieu de résidence des enfants est litigieuse, l'ordonnance refusant l'effet suspensif peut causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêt 5A\_274/2016 du 26 août 2016 consid. 1.2). Par ailleurs, une décision sur le droit de visite est également susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF , puisque les droits parentaux sont arrêtés pour la durée de la procédure; même si le recourant obtient finalement gain de cause au fond, aucune

réparation ne sera possible pour la période écoulée ( ATF 137 III 475 consid. 1; arrêt 5A\_792/2018 du 6 février 2019 consid. 1.2).

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

### **E. 2.1**

La décision accordant l'effet suspensif, comme celle d'exécution provisoire ou de retrait de l'effet suspensif ( ATF 137 III 475 consid. 2), est une décision de mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , de sorte que seule la violation de droits constitutionnels peut être dénoncée. Le Tribunal fédéral n'examine en outre les griefs de violation de droits constitutionnels que s'ils ont été invoqués et motivés (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 III 364 consid. 2.4; 139 I 229 consid. 2.2). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise ( ATF 134 II 349 consid. 3; 133 II 396 consid. 3.2; arrêt 5A\_663/2018 du 12 septembre 2018 consid. 4).

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'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; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il que le recourant démontre qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 113 consid. 7.1; 142 II 369 consid. 4.3; 141 III 564 consid. 4.1).

### **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 soutient 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, particulièrement de l' art. 9 Cst. , conformément au principe d'allégation (cf.

supra consid. 2.1). 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; une critique des faits qui ne satisfait pas au principe d'allégation est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

### **E. 2.3**

En vertu 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. Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer que les conditions sont remplies ( ATF 143 V 19 consid. 1.1), vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours ( ATF 136 III 123 consid. 4.4.3). En dehors du cas prévu par l' art. 99 al. 1 LTF , les

nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ( ATF 144 V 35 consid. 5.2.4) ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter à l'autorité précédente ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

En annexe à son recours, le recourant produit plusieurs échanges de courriers entre son conseil et le Juge délégué de la Cour d'appel civile, à savoir un courrier du 3 avril 2020, antérieur à l'ordonnance déferée, et quatre correspondances postérieures à celle-ci. Le recourant ne soutient toutefois pas et,

a fortiori , n'établit pas que, d'une part, les faits concernés par le premier document auraient été établis en violation de droits constitutionnels et que, d'autre part, les faits ressortant des documents postérieurs résulteraient de la décision attaquée au sens de l' art. 99 al. 1 LTF . Partant, les pièces produites sont irrecevables.

#### **E. 2.4**

Sous l'intitulé " Faits " de son mémoire, le recourant expose un état des faits de la cause, sans expliquer en quoi l'état de fait cantonal aurait été établi en violation de ses droits constitutionnels (cf.

supra consid. 2.2). Par ailleurs, il se base sur des faits résultant des pièces produites en annexe à son recours, lesquelles, on l'a vu, sont irrecevables. En tant que les faits présentés par le recourant s'écartent des constatations retenues dans l'arrêt attaqué, il n'y a dès lors pas lieu d'en tenir compte.

#### **E. 3**

Le recourant se plaint d'arbitraire dans l'application de l' art. 315 al. 5 CPC , dans l'établissement des faits ainsi que dans l'appréciation des circonstances.

##### **E. 3.1.1**

L'appel n'a en principe pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles ( art. 315 al. 4 let. b CPC ). En vertu de l' art. 315 al. 5 CPC , l'exécution des mesures provisionnelles peut toutefois être exceptionnellement suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable.

Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent ( ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 475 consid. 4.1). Saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce ( ATF 137 III 475 consid. 4.1; arrêt 5A\_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2).

##### **E. 3.1.2**

En ce qui concerne la question de l'accord donné au changement du lieu de résidence de l'enfant tel que prévu à l' art. 301a al. 2 CC , le Tribunal fédéral part de l'idée qu'il est généralement conforme au bien de l'enfant que celui-ci reste avec la personne qui exerce la prise en charge la plus importante, donc de déménager avec elle, pour autant qu'il y ait une

personne principalement responsable de cette prise en charge; l'âge et le désir de l'enfant doivent alors jouer un rôle, car, en grandissant, les enfants attachent une importance croissante à leur environnement plutôt qu'aux personnes; il convient donc progressivement d'accorder plus de poids à leur volonté ( ATF 144 III 469 consid. 4.1; 142 III 481 consid. 2.7; 142 III 612 consid. 4.3; arrêt 5A\_916/2019 du 12 mars 2020 consid. 3.2).

En ce qui concerne l'effet suspensif en relation avec le changement du lieu de résidence de l'enfant, il importe, en exerçant correctement son pouvoir d'appréciation, d'effectuer une pesée des intérêts en présence dans le cas considéré, pesée où les chances de succès du procès au fond jouent un rôle central ( ATF 144 III 469 précité consid. 4.2; 143 III 193 consid. 4).

Dans le cas où le parent investi de la garde exclusive veut déménager avec son enfant, on peut renvoyer par analogie aux principes énoncés à l' ATF 138 III 565 consid. 4.3.2 à propos de la question de l'effet suspensif du recours dans le cadre ordinaire du règlement de la garde. Selon ces principes, lorsque les enfants ont été jusqu'alors confiés principalement à l'un des parents, ils devraient rester auprès de ce parent pendant la procédure de recours et, de ce fait, l'effet suspensif devrait être organisé, dans le cadre de l' art. 315 CC , en fonction de l'issue du procès consacrant l'attribution ou le retrait de la garde. Ce renvoi par analogie n'est toutefois justifié, en ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant, que pour autant qu'il s'agisse d'enfants assez petits et encore très dépendants des personnes et qu'il n'y ait pas de motif envisageable de modifier l'attribution de la garde à cause des projets de déménagement du parent exerçant principalement la prise en charge, si bien que l'issue probable du procès au fond sera l'approbation du déménagement ( ATF 144 III 469 précité consid. 4.2.1).

### **E. 3.1.3**

Dans la mesure où une décision sur le droit de visite est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (cf.

supra consid. 1.2), elle peut à plus forte raison entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l' art. 315 al. 5 CPC ( ATF 137 III 380 consid. 2). Dans de tels cas, comme susmentionné, il appartient ainsi au juge saisi de procéder à une pesée des intérêts en présence en tenant compte des circonstances concrètes (cf.

supra consid. 3.1.1; arrêts 5A\_257/2016 du 6 juillet 2016 consid. 3.1; 5A\_861/2011 du 10 janvier 2012).

### **E. 3.2**

Dans l'ordonnance attaquée, le juge cantonal a relevé que c'était l'intimée qui assumait la garde de l'enfant depuis la séparation des parties le 20 avril 2015 et a considéré que l'époux ne rendait nullement vraisemblable qu'il serait menacé d'un préjudice irréparable en l'absence d'effet suspensif à son appel. Il apparaissait au contraire que l'ordonnance ne supprimait pas le droit de visite de l'époux, celui-ci ayant simplement été réaménagé en fonction du futur lieu de vie envisagé par la mère, lequel n'était distant que d'environ trente kilomètres du logement actuel de celle-ci. L'époux ne fournissait pas, au stade de l'appel, davantage d'éléments démontrant l'existence d'un quelconque préjudice irréparable pour lui-même ou pour sa fille, lié au fait que cette dernière poursuivrait sa scolarité à l'école publique plutôt qu'à l'école privée à partir de la prochaine rentrée scolaire. En dépit de la crise sanitaire en cours au moment de l'ordonnance, on ne pouvait au demeurant pas tenir

pour établi que l'audition de l'enfant et l'éventuelle audience d'appel ne pourraient pas avoir lieu, respectivement que l'arrêt sur appel ne pourrait pas être rendu avant le début de l'année scolaire 2020/2021. Quand bien même cela serait le cas, la juridiction d'appel conservait toutefois la possibilité de modifier l'ordonnance entreprise sur les points contestés indépendamment de l'octroi de l'effet suspensif à l'appel.

### **E. 3.3**

Le recourant fait grief au magistrat cantonal de ne pas avoir pris en considération que, selon la jurisprudence, la modification de la réglementation du droit de visite pourrait également constituer un préjudice difficilement réparable au sens de l' art. 315 al. 5 CPC . Il relève que les nouvelles modalités de droit de visite réduisent son temps de prise en charge hebdomadaire de l'enfant et soutient que, contrairement à ce qu'a indiqué l'autorité cantonale, son droit de visite ne serait pas simplement réaménagé, mais massivement réduit. Il passerait ainsi d'un taux d'environ 40 % à 5 % en semaine, ce qui provoquerait une rupture de la relation père-fille, que l'ordonnance attaquée aurait pourtant qualifiée d'harmonieuse. Par ailleurs, toujours contrairement à ce qu'a retenu le juge cantonal, la période butoir pour la modification du droit de visite ne serait pas le début de l'année scolaire 2020/2021, mais la fin de l'année scolaire 2019/2020. Le recourant soutient en outre que le lieu de vie de l'intimée ne serait jamais apparu comme déterminant pour l'exercice de la profession qu'elle exerce, étant précisé qu'elle n'aurait pas changé d'emploi et qu'elle continuerait à travailler à X. \_\_\_\_\_. Au demeurant, l'emploi du temps de l'intimée, active professionnellement, la contraindrait à inscrire sa fille auprès d'une unité d'accueil, ce qui n'aurait pas été le cas jusqu'à présent et qui impliquerait une forte augmentation du temps de prise en charge de l'enfant par des tiers, c'est-à-dire une perte de lien au quotidien entre celle-ci et ses deux parents. Le recourant fait de plus grief au juge cantonal d'avoir relevé que, en dépit de la crise sanitaire actuelle, on ne pouvait pas tenir pour établi que l'audition de l'enfant et l'éventuelle audience d'appel ne pourraient pas avoir lieu, respectivement que l'arrêt sur appel ne pourrait pas être rendu avant le début de l'année scolaire 2020/2021. Il expose que des audiences de deuxième instance auraient été annulées et que la mère et l'enfant seraient retenues à l'étranger, ce qui aurait pour conséquence que la décision de deuxième instance ne pourrait intervenir qu'après la fin de l'année scolaire 2019/2020, voire après la rentrée d'août 2020.

Le recourant fait encore valoir que, dès le début du mois de juillet 2020, l'ordonnance de mesures provisionnelles occasionnera pour l'enfant une rupture de son environnement, de son cadre amical et de sa scolarité, également relative à la fin de son enseignement bilingue, alors même que l'ordonnance attaquée confirmerait que l'enfant serait bien intégrée au sein de son école. De plus, le maintien de la scolarisation privée de l'enfant auprès de E.\_\_\_\_\_, au-delà du mois d'août 2020 et en attendant qu'il soit statué sur l'appel, serait possible et le fait de retarder éventuellement à l'automne une intégration à l'école publique et un déménagement sur la Riviera ne causerait aucun préjudice à l'enfant et/ou à l'intimée. Selon le recourant, il serait plus facile pour l'enfant d'accéder au système public non bilingue en cours de l'année scolaire que de réintégrer l'école privée bilingue après l'avoir quittée. Dans la partie " Faits " de son mémoire, le recourant fait par ailleurs valoir qu'il enseigne depuis plusieurs années au sein de E.\_\_\_\_\_ et qu'il était prévu que l'enfant intégrerait cet établissement dès l'âge de 9 ans, en vue de poursuivre son enseignement bilingue. Le recourant explique bénéficier des mêmes horaires et vacances que les élèves et profiter d'une grande liberté d'organisation dans ses horaires, ce qui lui permettrait d'être à

tout moment disponible pour l'enfant. De plus, il résulterait du Règlement de E. \_\_\_\_\_ que, compte tenu de sa position d'enseignant au sein de l'école, l'entier des frais d'écolage serait gratuit pour C. \_\_\_\_\_.

### **E. 3.4**

En l'espèce, le recourant se contente pour l'essentiel de réitérer l'argumentation présentée devant le juge cantonal, sans parvenir à démontrer en quoi celui-ci serait tombé dans l'arbitraire en refusant l'effet suspensif à son appel. Il ne soutient du reste pas que l'issue probable du procès au fond serait un refus du déménagement de l'enfant avec sa mère, alors même que, comme on l'a vu, cet élément joue un rôle central dans l'examen de l'effet suspensif (cf.

supra consid. 3.1.2). En ce qui concerne la modification de son droit de visite, le recourant relève que celui-ci ne s'exercera plus qu'un mercredi après-midi sur deux et un week-end sur deux, au lieu du mercredi de 17 h 00 au vendredi à 17 h 00 en sus des week-ends, ces dernières modalités étant selon lui pratiquées depuis des années. Cela étant, il ressort de l'ordonnance entreprise que le droit de visite prévu par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 octobre 2015 s'exerçait, durant la semaine, du mardi à la sortie de l'école au jeudi matin à la reprise des cours et que, selon l'ordonnance de mesures provisionnelles du 3 février 2020, un droit de visite pratiqué " ces derniers mois " s'exerçait, toujours durant la semaine, tous les mercredis après-midis et les jeudis, ainsi qu'un vendredi sur deux. Le recourant se prévaut ainsi de modalités de visite correspondant à un taux de prise en charge à 40 % qui seraient appliquées depuis des années, sans pour autant remettre en cause la constatation cantonale de laquelle il résulte qu'un tel taux ne serait appliqué que depuis quelques mois. Par ailleurs, le recourant perd de vue que la modification des modalités du droit de visite, de même d'ailleurs que du cadre de vie de l'enfant, est souvent le corollaire inévitable d'un déménagement et que cette modification n'est à elle seule pas suffisante pour y faire obstacle (cf. ATF 136 III 353 consid. 3.3; arrêt 5A\_916/2019 du 12 mars 2020 consid. 3.2). Enfin, le recourant tente de tirer argument de plusieurs autres faits qu'il invoque, à savoir notamment d'événements intervenus postérieurement à l'ordonnance déferée ou de faits relatifs à la scolarité de l'enfant, à sa prise en charge par des tiers et à l'emploi de l'intimée. S'agissant des faits relatifs à une scolarisation de l'enfant au sein de E. \_\_\_\_\_, ils n'apparaissent pas dénués de pertinence pour la décision qui devra être prise au sujet de sa scolarité future, étant précisé que, même en cas de déménagement, une inscription auprès de cet établissement ne serait pas exclue, pour autant qu'elle aille de pair avec un aménagement idoine du droit de visite. Cela étant, ces faits ne sont pas décisifs au stade de l'effet suspensif, étant relevé que, en tout état de cause et à l'instar des autres faits invoqués, ils ne ressortent pas de l'état de fait de l'ordonnance attaquée et qu'ils n'ont pas à être pris en considération, faute de recevabilité des pièces sur lesquelles ils reposent (cf.

supra consid. 2.3 et 2.4), respectivement faute pour le recourant d'avoir démontré qu'ils avaient été établis en violation de droits constitutionnels (cf.

supra consid. 2.2 et 2.4).

Il s'ensuit que les griefs du recourant doivent être rejetés.

### **E. 4**

En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Les conclusions du recourant étant d'emblée vouées à l'échec, la requête d'assistance judiciaire ne saurait

être agréée ( art. 64 LTF ) et l'intéressé supportera les frais de la procédure ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'octroyer de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer ( art. 68 al. 1 LTF ).

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