

## **BGer 5A\_614/2015 vom 16. Oktober 2015**

Bundesgericht, 2015-10-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_614\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_614_2015)

FR: TF 5A\_614/2015 du 16 octobre 2015

IT: TF 5A\_614/2015 del 16 ottobre 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'arrêt entrepris est une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2) en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), de nature non pécuniaire, prise sur recours par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ). Le recours a en outre été interjeté dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, par une partie ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente et ayant un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, notamment en raison du principe de la

perpetuatio fori applicable en l'espèce ( art. 76 al. 1 LTF , cf. arrêt 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.2 et 2.4, voir également pour une situation similaire: arrêt 5A\_483/2011 du 31 octobre 2011). Au regard de ces dispositions, le recours est recevable.

#### **E. 2**

Dans le cas d'un recours dirigé, comme en l'espèce, contre une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5 p. 396), le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen limité, seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée. 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 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287).

#### **E. 3**

Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu ( ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237), la recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue ( art. 29 al. 2 Cst. ), singulièrement de son droit de répliquer.

##### **E. 3.1**

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l' art. 29 Cst. , le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre ( ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496; 139 I 189 consid. 3.2 p. 191 s.; 138 I 484 consid. 2.1 p. 485 s.; 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197). Il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part ( ATF 139 I 189 consid. 3.2 p. 192). Ce droit à la réplique vaut

pour toutes les procédures judiciaires ( ATF 138 I 154 consid. 2.5 p. 157; 133 I 100 consid. 4.3 ss p. 102 ss, 98 consid. 2.2 p. 99; 132 I 42 consid. 3.3.2 - 3.3.4 p. 46 s.).

Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer ( ATF 139 I 189 consid. 3.2 p. 192 et les références; cf. en outre les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les causes

Schaller-Bossert contre Suisse du 28 octobre 2010 § 39 s. et

Nideröst-Huber contre Suisse du 18 février 1997 § 24).

Si une partie considère qu'il est nécessaire de répliquer à une prise de position qui lui est notifiée, elle doit sans retard soit requérir l'autorisation de se déterminer, soit adresser sa réplique au tribunal ( ATF 138 I 484 consid. 2.2 p. 486; 133 I 100 consid. 4.8 p. 105; 132 I 42 consid. 3.3.3 et 3.3.4 p. 47; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause

Joos contre Suisse du 15 novembre 2012, §§ 27 ss, spéc. §§ 30-32). Une autorité ne peut considérer, après un délai de moins de dix jours depuis la communication d'une détermination à une partie, que celle-ci a renoncé à répliquer et rendre sa décision (cf. arrêts 2C\_560/2012 et 2C\_561/2012 du 21 janvier 2013 consid. 4.4; 9C.1069/2008 du 2 mars 2009). Le " délai raisonnable " sur lequel doit compter l'autorité ne saurait en tous les cas être supérieur à celui pour recourir (arrêt 5A\_777/2011 du 7 février 2012 consid. 2.2).

Dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisoires ayant un caractère d'urgence, l'art. 29 al. 2 Cst. n'a toutefois pas la même portée que s'agissant de la procédure au fond. Ainsi, lorsqu'il s'agit de décisions judiciaires portant sur l'effet suspensif, qui doivent par nature être rendues rapidement, l'autorité peut, sauf circonstances spécifiques, se dispenser d'entendre de manière détaillée les intéressés ou de procéder à un second échange d'écriture; le droit d'être entendu du requérant est en principe déjà garanti par le dépôt de sa demande d'effet suspensif ( ATF 139 I 189 consid. 3.3 p. 192 et les références; arrêt 5A\_178/2015 du 29 mai 2015 consid. 4.1.2).

### **E. 3.2**

En l'espèce, le grief apparaît bien fondé. L'autorité cantonale a en effet statué moins de quatre jours ouvrables après que l'avocat de la recourante a (au plus tôt) reçu la réponse à l'appel, alors qu'elle aurait dû, avant de rendre son arrêt, laisser s'écouler depuis dite communication un délai d'au moins dix jours (vu la nature provisionnelle de la décision attaquée; art. 314 al. 1 CPC ). Les motifs avancés par l'autorité précédente pour faire fi du droit de réplique de la recourante sont au demeurant contraires à la jurisprudence ci-dessus rappelée, tant il est vrai qu'il n'appartient pas au juge, mais à la partie de décider si la détermination concernée nécessite qu'elle fasse ou non l'objet d'observations. Par ailleurs, même si la décision querellée est de nature provisionnelle, ce qui selon la jurisprudence peut justifier une exception au droit de réplique, il ne ressort pas de l'état de fait cantonal que l'intimé aurait fait valoir un motif justifiant que son départ pour les Etats-Unis ait impérativement lieu le 15 août 2015, ni d'obstacle à ce que celui-ci soit différé de façon à permettre à la recourante d'exercer son droit de réplique. Aucun des éléments énumérés par la cour cantonale ne permet en particulier d'inférer des dires du recourant que l'année scolaire aurait commencé à cette date - ce qui paraît au demeurant peu vraisemblable - ni qu'il aurait subi un quelconque dommage, telle la perte des écolages déjà versés ou de

l'emploi qu'il allègue avoir trouvé, s'il ne se rendait pas aux Etats-Unis le 15 août 2015. Les événements postérieurs à la décision entreprise ont d'ailleurs démontré que cette date n'était pas aussi cruciale pour l'intimé que ce qu'il a laissé entendre, dès lors qu'il ne s'est finalement rendu aux Etats-Unis que le 28 août 2015 et qu'il a lui-même indiqué que le but initial de ce séjour était de passer quelques jours de vacances dans ce pays avec ses enfants. Force est en définitive de constater que l'autorité cantonale ne pouvait, sur la base des éléments alors en sa possession, conclure que le départ de l'intimé présentait une urgence telle qu'il se justifiait de priver la recourante de son droit de réplique.

L'admission du grief - de nature formelle - de la violation du droit d'être entendu entraîne d'emblée l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision après avoir permis à la recourante d'exercer son droit à la réplique (cf. arrêt 5A\_262/2015 du 11 août 2015 consid. 3.2).

#### **E. 4**

Au vu du sort du recours, les frais et dépens de l'instance fédérale incombent à l'intimé qui succombe dans ses conclusions (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

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