

# BGer 5A\_897/2024 vom 6. Februar 2025

Bundesgericht, 2025-02-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_897\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_897_2024)

FR: TF 5A\_897/2024 du 6 février 2025

IT: TF 5A\_897/2024 del 6 febbraio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 149 II 66 consid. 1.3).

#### E. 1.1

La décision entreprise, rendue dans le contexte d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, refuse de suspendre une décision attribuant à l'intimée la garde des enfants des parties. Il s'agit d'une décision incidente, rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), qui ne porte ni sur la compétence ni sur une demande de récusation (cf. art. 92 LTF ), et qui tombe ainsi sous le coup de l' art. 93 LTF . Elle ne peut être attaquée par un recours au Tribunal fédéral qu'à la condition particulière de l' art. 93 al. 1 let. a LTF , à savoir si elle peut causer un préjudice irréparable au recourant - l'hypothèse prévue par l' art. 93 al. 1 let. b LTF étant ici d'emblée exclue ( ATF 144 III 475 consid. 1.2). Cette condition est ici réalisée, vu l'atteinte aux prérogatives parentales du recourant ( ATF 137 III 475 consid. 1; parmi plusieurs: arrêts 5A\_752/2023 du 24 janvier 2024 consid. 1.1; 5A\_558/2023 du 28 août 2023 consid. 1.1).

#### E. 1.2

Contrairement à ce que soutient l'intimée dans ses déterminations du 13 janvier 2025, le recourant, qui a participé à la procédure cantonale ( art. 76 al. 1 let. a LTF ), dispose toujours d'un intérêt au recours ( art. 76 al. 1 let. b LTF ). Par décision du 31 janvier 2025, le juge cantonal a en effet rapporté sa décision du 30 décembre 2024 prononçant l'effet suspensif à titre superprovisionnel et maintenu sa décision du 24 décembre 2024, objet du présent recours (cf.

supra let. C.b et C.d). Les faits et moyens de preuve nouveaux sont certes prohibés devant le Tribunal fédéral (cf. art. 99 al. 1 LTF ), de même que les faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris (vrais

nova ; ATF 143 IV 19 consid. 1.2 et les références). En tant que les décisions cantonales des 30 décembre 2024 et 31 janvier 2025, assurément postérieures à l'arrêt attaqué, sont toutefois pertinentes dans la perspective d'une éventuelle perte d'objet du recours, l'on peut s'y référer pour écarter celle-ci ( ATF 137 III 614 consid. 3.2.1).

#### E. 1.3

Les autres conditions de recevabilité du recours en matière civile sont ici réunies ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ; art. 100 al. 1 avec l' art. 46 al. 2 LTF ), étant précisé que la cause n'est pas de nature pécuniaire. Cette circonstance conduit à l'irrecevabilité du recours constitutionnel subsidiaire ( art. 113 LTF ).

#### **E. 1.4**

Il est précisé que les secondes déterminations de la curatrice (cf. supra let. C.c

i.f) seront écartées, celles-ci étant signées par une personne non habilitée ( art. 40 al. 1 LTF ). Transmise à la Cour de céans à l'échéance du délai prolongé et non prolongeable qui lui avait été imparti pour se déterminer, cette écriture n'était plus susceptible d'être rectifiée.

#### **E. 2**

La décision accordant l'effet suspensif, comme celle d'exécution provisoire ou de retrait de l'effet suspensif ( ATF 137 III 475 consid. 2; arrêt 5A\_423/2023 du 23 août 2023 consid. 2.1), est une décision de mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , en sorte que seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée. 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 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4). 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, heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, ou s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sans motif pertinent. En outre, 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 148 III 95 consid. 4.1; 147 I 241 consid. 6.2.1; 145 II 32 consid. 5.1).

#### **E. 3.1**

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 dans sa teneur au 31 décembre 2024; désormais art. 315 al. 2 let. b CPC ), les mesures protectrices de l'union conjugale constituant de telles mesures ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.1; 137 III 475 consid. 4.1 et les références).

A. L' art. 315 al. 5 CPC dans sa teneur au 31 décembre 2024 (désormais art. 315 al. 4 let. b CPC ) permet toutefois de suspendre exceptionnellement l'exécution des mesures provisionnelles, si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. La jurisprudence a développé certains principes relatifs à la réglementation de l'effet suspensif dans le contexte de procédures de recours portant sur le changement du lieu de résidence d'un enfant ( ATF 144 III 469 consid. 4.2); singulièrement, il a été décidé que la restitution de l'effet suspensif ne doit être refusée qu'avec retenue lorsque ce refus a pour conséquence de permettre le déplacement d'un enfant à l'étranger et ce, indépendamment de la situation de garde prévalant jusqu'alors (exclusive ou alternée; ATF 144 III 469 consid. 4.2.2; 143 III 193 consid. 4). Dans l'hypothèse où ce déplacement s'effectue dans un État partie - comme ici l'Autriche - à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96; RS 0.211.231.011), les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant sont alors compétentes pour prendre les mesures de protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 al. 1 CLaH96), sous réserve d'un déplacement ou non-retour illicite de l'enfant au sens de l'art. 7 CLaH96 (art. 5 al. 2 CLaH96). Ce même effet se produit lorsque le transfert de la résidence habituelle dans un autre État contractant s'effectue postérieurement au

commencement de la procédure, même si l'instance est pendante en appel, c'est-à-dire devant une autorité pouvant revoir la cause tant en fait qu'en droit. Cette autorité perd alors la compétence pour statuer sur les mesures de protection ( ATF 149 III 81 consid. 2.4; 143 III 193 consid. 2; arrêt 5A\_896/2024 du 21 janvier 2025 consid. 3.3 et les références), ce qui explique la réserve particulière dont il convient de faire preuve en refusant de restituer l'effet suspensif ( ATF 144 III 469 consid. 4.2.2; 143 III 193 consid. 4; arrêt 5A\_896/2024 précité

loc. cit. ). Il n'est en effet pas acceptable que le rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif par l'instance de recours crée un fait accompli et empêche ainsi un jugement effectif par le tribunal suisse initialement compétent (cf. arrêts 5A\_896/2024 précité

loc. cit. ; 5A\_520/2017 du 22 janvier 2018 consid. 3.2). L'urgence caractérisée est néanmoins réservée ( ATF 144 III 469 consid. 4.2.2; arrêt 5A\_896/2024 précité

loc. cit. ).

### **E. 3.2**

Le juge cantonal a rendu sa décision en tenant sciemment compte du changement de compétence juridictionnelle qu'elle impliquait, singulièrement de l'art. 5 al. 1 CLaH96. Le magistrat a cependant estimé que la perte de compétence des autorités suisses ne représentait qu'une conséquence de la ratification de cette convention internationale et de l'espace juridique unifié que celle-ci créait. Elle ne constituait pas un critère déterminant pour restituer l'effet suspensif à l'appel, seul étant décisif l'intérêt supérieur des enfants. Celui-ci plaidait en faveur d'un déménagement sans délai auprès de leur mère en Autriche conformément au souhait exprimé et vu l'achèvement du semestre scolaire en Valais. Le magistrat a par ailleurs précisé que le recourant avait eu accès à un tribunal, sans faire valoir qu'il n'y aurait plus accès en Autriche, et aucun élément ne permettait de douter que celui-ci ne lui serait pas garanti dès lors que cet objectif constituait la préoccupation centrale de la CLaH96.

### **E. 3.3**

Tout en reconnaissant l'indépendance des juridictions autrichiennes, le recourant souligne que l'accès effectif à ces juridictions serait considérablement limité en raison de plusieurs obstacles pratiques (barrière linguistique; coût accru d'une procédure internationale; perte d'accès direct aux autorités suisses, en connaissance de la problématique familiale); il y voit un défaut de garantie de procès équitable au sens des art. 29a Cst et 6 CEDH. Le recourant soulève également l'absence d'urgence du déménagement, observant que les enfants avaient jusqu'à présent toujours vécu en Suisse.

A. Tant l'intimée que la curatrice relèvent que le recourant pourrait faire valoir ses droits sans difficultés en Autriche, l'ordre juridique y étant comparable à celui instauré en Suisse. Au sujet de l'urgence, toutes deux soulignent en substance la nécessité de garantir le bon développement psychologique des mineurs; en tant que ceux-ci étaient maintenus dans l'incertitude depuis trop longtemps, il serait nécessaire de les extraire du conflit parental. L'intimée appuie par ailleurs la nécessité d'un déménagement immédiat en tant qu'une reprise scolaire en Autriche après la fin du premier semestre en Valais serait apte à préserver au mieux l'intégration des enfants.

### **E. 3.4**

La décision cantonale est manifestement contraire aux principes jurisprudentiels sus-exposés. Celle-ci explique exclusivement l'urgence nécessitant le déplacement immédiat de la résidence des enfants en Autriche par la fin du semestre scolaire et le souhait prétendu des mineurs. Le premier motif relève uniquement de considérations pratiques, insuffisantes à justifier l'urgence du déménagement et ainsi le refus de restituer l'effet suspensif au regard des conséquences que cette décision implique. Le second motif est manifestement remis en question par les faits qui ressortent du dossier, étant relevé que l'incertitude dans laquelle les enfants sont placés, inhérente à ce type de litige, est fortement exacerbée par le comportement de leurs parents. Il appartiendra ainsi au Tribunal cantonal d'examiner la volonté des enfants dans le cadre de la problématique de l'attribution de leur garde, objet de l'appel interjeté par le recourant, dont l'effectivité doit être garantie par l'octroi de l'effet suspensif. L'on précisera enfin que le maintien de la compétence des juridictions suisses se justifie ici d'autant plus qu'en Valais, les enfants sont entourés d'un important réseau (enseignants, curatrice, OPE notamment), informé de la situation complexe dans laquelle ils se trouvent; comme le souligne la curatrice, les relations personnelles avec la mère devront néanmoins être réglées par l'autorité cantonale.

#### **E. 4**

Les considérations qui précèdent scellent le sort du recours, sans qu'il soit nécessaire d'analyser les autres griefs soulevés par le recourant. De même, il n'y a pas lieu d'examiner sa requête de mesures probatoires visant à la mise en oeuvre d'un nouveau rapport de l'OPE.

#### **E. 5**

En définitive, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable. Le recours en matière civile est admis, le ch. 1 du dispositif de l'arrêt cantonal est annulé et réformé en ce sens que la requête d'effet suspensif déposée par le recourant est admise. La requête d'effet suspensif du recourant devant la Cour de céans devient ainsi sans objet.

La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise et son avocate lui est désignée comme conseil d'office. La condition des chances de succès du recours au sens de l' art. 64 al. 1 LTF est en effet considérée en principe comme réalisée sans autre examen s'agissant d'une requête formée par une partie intimée invitée à répondre au recours, sous réserve des cas où la décision attaquée contient un vice manifeste ( ATF 139 III 475 consid. 2.3); les pièces auxquelles l'intéressée renvoie permettent par ailleurs de démontrer son indigence. La Caisse du Tribunal fédéral supportera provisoirement les frais judiciaires mis à sa charge (art. 64 al. 1 et 66 al. 1 LTF) et indemniser son conseil. L'octroi de l'assistance judiciaire ne dispense cependant pas l'intimée du paiement de dépens ( ATF 122 I 322 consid. 2c); en l'espèce, il y a lieu de considérer que le recourant ne sera pas en mesure de recouvrer ceux-ci, compte tenu de la situation financière de sa partie adverse. L'avocat du recourant sera dès lors également directement indemnisé par la Caisse du Tribunal fédéral. L'intimée est rendue attentive au fait qu'elle est tenue de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elle est en mesure de le faire ( art. 64 al. 4 LTF ). L'indemnité de Me Laure Chappaz, curatrice de représentation des enfants, sera intégrée aux frais judiciaires (arrêt 5A\_359/2024 du 14 octobre 2024 consid. 9 non destiné à la publication et les références) et arrêtée conformément à sa liste d'opérations (montant arrondi à 1'900 fr.), qui n'apparaît pas excessive.

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