

TF 5A\_704/2011 du 23 février 2012 (f)  
TF 5A\_561/2011 du 19 mars 2012 (f)  
TF 5A\_841/2011 du 23 mars 2012 (f)  
II<sup>ème</sup> Cour de droit civil  
destinés à la publication

Newsletter mai 2012

Procédure

Art. 129 al. 1, 281 ss aCC ;  
303 al. 2 let. b, 314 al. 1  
404 al. 1, 405 al. 1 CPC ; 5  
al. 3 Cst

Analyse

**Proposition de citation :**

François Bohnet, Quelques développements  
procéduraux en droit des familles (arrêts  
5A\_704, 5A\_561, 5A\_841/2011 destinés à la  
publication), Newsletter DroitMatrimonial.ch  
mai 2012



FACULTÉ DE DROIT

## Quelques développements procéduraux en droit des familles (arrêts 5A\_704, 5A\_561, 5A\_841/2011 destinés à la publication)

François Bohnet

Depuis l'entrée en vigueur du CPC au 1<sup>er</sup> janvier 2012, un nombre non négligeable d'arrêts se sont penchés sur divers aspects procéduraux du droit des familles. On pense par exemple à l'ATF 137 III 421 sur les conditions permettant d'appliquer les règles relatives à la requête commune en divorce, à l'ATF 137 III 617, RSPC 2012 221, selon lequel il convient de prendre des conclusions chiffrées en appel, et ce même si la maxime d'office s'applique, à l'ATF 137 III 380, RSPC 2011 478, sur le principe de l'audience de conciliation en procédure de divorce, ou encore aux arrêt 137 III 238 et 5A\_407/2011 du 5 août 2011, RSPC 2011 494, sur l'exigence de l'accès au tribunal supérieur en cas d'appel contre une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale<sup>1</sup>. Trois arrêts de fin février et mars 2012, destinés à la publication, comprennent divers développements procéduraux en matière de droit des familles qu'il vaut la peine de mettre en exergue.

### I. Délai pour interjeter appel contre une décision de mesures provisionnelles en procédure de divorce rendue sous l'empire de l'ancien droit (TF 5A\_704/2011 du 23 février 2012)

En droit de procédure genevois, les mesures provisionnelles en procédure de divorce étaient jugées en procédure accélérée. Au premier janvier 2011, les procédures ouvertes avant cette date sont demeurées soumises au droit cantonal, en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC. En revanche, les recours contre les prononcés intervenus dès cette date ont été soumis au nouveau droit. D'où la problématique rencontrée dans l'arrêt 5A\_704/2011 du 23 février 2012 : si la voie de l'appel est ouverte contre un prononcé de mesures provisionnelles dans une procédure de divorce (cause en partie non patrimoniale), dans quel délai doit-il être

<sup>1</sup> Pour une liste complète en matière matrimoniale, voir le site [droitmatrimonial.ch](http://droitmatrimonial.ch), rubrique jurisprudence, en insérant le mot-clé « procédure ».

interjeté ? Le CPC prévoit que celui-ci est de dix jours contre une décision rendue en procédure sommaire (art. 314 al. 1 CPC), trente jours lorsque la décision a été prise dans les autres procédures (art. 311 al. 1 CPC). Le Tribunal fédéral arrive logiquement à la conclusion qu'il n'est pas arbitraire de retenir le **délai de recours de la procédure qui serait appliquée selon le nouveau droit**, à savoir la **procédure sommaire** de par l'application des art. 271, 276 al. 1 et 314 al. 1 CPC (c. 7.2-7.3). A relever que le Tribunal fédéral n'aura pas l'occasion de trancher la question avec un plein pouvoir d'examen, le recours en matière civile étant en toute hypothèse limité à la violation des droits constitutionnels en mesures provisionnelles (art. 98 LTF).

Selon nous, il faudrait retenir le même principe pour les décisions qualifiées d'instruction selon le nouveau droit (comp. RSPC 2011 469) et dont on sait déjà qu'elles sont soumises aux voies de recours du CPC (5A\_320/2011, RSPC 2011 489 avec note de DENIS TAPPY). Le délai de recours sera aussi de dix jours contre de telles décisions (art. 321 al. 2 CPC), alors même qu'elles auraient par hypothèse une autre nature sous l'empire du droit cantonal applicable à la cause.

Toujours est-il que cette questions ne pouvant à l'évidence être résolue à la seule lecture des art. 404 al. 1 et 314 al. 1 CPC, la partie même représentée par un mandataire professionnel ne doit subir aucun préjudice de l'indication erronée d'un délai d'appel de trente jours, en vertu du **principe de la bonne foi** inscrit à l'art. 5 al. 3 Cst. et désormais également à l'art. 52 CPC, en particulier comme en l'espèce, lorsqu'il subsiste un doute sur le délai de recours après un contrôle sommaire effectué par la lecture des dispositions applicables.

## **II. Nature des mesures provisionnelles en matière de contribution d'entretien dans une action en paternité (TF 5A\_841/2001 du 23 mars 2012)**

Les mesures protectrices de l'union conjugale, les mesures provisionnelles en procédure de divorce ou dans une procédure concernant un enfant mineur dans laquelle le lien de filiation a déjà été établi sont des **mesures de réglementation** qui règlent provisoirement, pour la durée du procès, le rapport de droit durable existant entre les parties (ATF 127 III 496 c. 3b/bb ; 137 III 586 c. 1.2). En revanche, la fixation d'une contribution d'entretien à titre provisoire à l'occasion d'une procédure en entretien pour un enfant majeur (ATF 135 III 238 c. 2 et les réf. : vu le caractère « exceptionnel » de la pension dans ce cadre) ou dans le cadre d'une action en modification d'un jugement de divorce (ATF 130 I 347 c. 3.2 ; 117 II 368 consid. 4c/bb) sont des **mesures d'exécution anticipée**, tout comme le retient encore l'arrêt 5A\_841/2011 commenté ici pour les contributions d'entretien à titre provisoire à l'occasion d'une action en paternité (art. 283 aCC ; art. 303 al. 2 let. b CPC). On les appelle ainsi parce qu'elles **anticipent sur un prononcé à intervenir** et on peut en exiger le remboursement lorsque la demande en paternité, la demande d'entretien ou la demande en modification sont finalement rejetées (ATF 136 IV 122 c. 2.3 ; ATF 135 III 238 c. 2), alors qu'il est exclu – sauf procès en révision – de revenir sur des pensions accordées en mesures protectrices ou en mesure provisionnelles avant divorce (ATF 127 III 496 c. 3b/bb ; voir également ATF 128 III 121 c. 3c/bb ; 130 I 347 c. 3.2 ). C'est également le cas en vertu de l'article 276 al. 3 CPC, lorsque les pensions ordonnées en mesures protectrices ou en mesures provisionnelles perdurent au-delà du prononcé du premier Juge, alors même que le principe du divorce

n'est plus remis en cause (comp. TF 5P.121/2002 c. 3.1; ATF 119 II 193 c. 3a; TF 5P.352/2003).

Alors que les mesures de réglementation mettent fin à l'instance sous l'angle procédural, ne seront pas revues dans la procédure au fond et représentent dès lors des **décisions finales** au sens de l'art. 90 LTF (RSPC 2007 288 pour les mesures protectrices et ATF 137 III 586 c. 1.2 pour les mesures provisionnelles dans une procédure concernant un enfant mineur), les mesures d'exécution anticipée ne sont qu'**incidentes** au sens de l'art. 93 LTF puisque leur sort définitif sera réglé dans le jugement au fond à intervenir. Un recours au Tribunal fédéral suppose ainsi un dommage difficilement réparable au sens de l'al. 1 let. a de cette disposition, les conditions de la lettre b n'étant par principe pas réunies (ATF 137 III 589 c. 1.2.3 : de telles décisions ne préjugent pas du fond ni ne sont susceptibles de mettre fin à la procédure).

Relevons que tant les mesures de réglementation que les mesures d'exécution anticipée sont **susceptibles d'appel** (ou de recours en matière patrimoniale lorsque la valeur litigieuse de CHF 10'000.– n'est pas atteinte) devant l'instance cantonale supérieure : il s'agit des mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC.

### III. Autorité de l'arrêt de renvoi ; fait notoire ; maxime inquisitoire et prise en compte de la fortune (TF 5A\_561/2011 du 19 mars 2012)

L'arrêt 5A\_561/2011 ne traite pas que de procédure, mais soulève quelques questions intéressantes dans ce domaine. Il rappelle tout d'abord que le principe de l'**autorité de l'arrêt de renvoi** s'applique sous l'empire de la LTF (c. 2.1) et il retient que ce principe a été violé sur deux points par la Cour cantonale, par la prise en cause de deux éléments qui n'avaient pas été critiqués devant le Tribunal fédéral à l'occasion du premier recours porté devant lui (c. 4.3).

Ensuite, le Tribunal fédéral considère qu'un salaire horaire dont la quotité figure sur le site internet d'une Université constitue un **fait notoire**, qui n'a pas à être allégué ou prouvé. C'est sans doute la nature de droit public (au sens large) de ce tarif qui lui permet de retenir si facilement ce principe : on peut douter qu'il en aille de même pour des montants qui figureraient par exemple sur le site d'une entreprise privée, sauf à considérer que toute information disponible sur internet constitue un fait notoire, ce que le Tribunal fédéral a récemment nié dans un arrêt traitant d'informations disponibles sur le réseau social *facebook* : « les innombrables renseignements figurant sur internet ne peuvent pas être considérés comme notoires » (ATF 138 I 1 c. 2.4).

Enfin, le Tribunal fédéral relève que si la procédure de modification de jugement de divorce est soumise à la maxime des débats, le juge **applique le droit d'office** et n'est pas lié par les arguments juridiques des parties. Il peut donc qualifier librement les faits allégués et prouvés, quelle que soit la partie qui les a avancés (c. 12.1). Dès lors que des **éléments de fortune** ressortaient du dossier, le juge pouvait les prendre en compte pour déterminer le caractère fondé des prétentions invoquées, même si son auteur ne l'avait pas fait.