

# **BGer 5A\_324/2014 vom 9. Oktober 2014**

Bundesgericht, 2014-10-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_324\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_324_2014)

FR: TF 5A\_324/2014 du 9 octobre 2014

IT: TF 5A\_324/2014 del 9 ottobre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La décision attaquée, en tant qu'elle rejette l'exception de litispendance en lien avec les conclusions prises en Suisse par le père au fond, et par conséquent, constate la compétence ratione loci des autorités judiciaires genevoises pour statuer au fond sur les droits parentaux et l'entretien d'un enfant mineur, dans le cadre d'une demande en modification du jugement de divorce, est une décision incidente sur la compétence, au sens de l' art. 92 LTF , susceptible d'un recours immédiat au Tribunal fédéral (arrêts 5A\_526/2013 du 28 mars 2014 consid. 1.2, avec les références). Pour le surplus, la décision cantonale querellée a été rendue par une autorité supérieure cantonale statuant sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ). En vertu du principe de l'unité de la procédure, la voie de recours ouverte contre une telle décision est déterminée par le litige principal ( ATF 137 III 261 consid. 1.4 p. 264). En l'espèce, les questions litigieuses au fond portent sur les droits parentaux sur un enfant mineur et sur l'entretien de cet enfant, en sorte que le litige est de nature non pécuniaire dans son ensemble (arrêts 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 consid. 1.1; 5A\_556/2013 du 7 octobre 2013 consid. 1.1; 5A\_13/2013 du 11 février 2013 consid. 1). Par ailleurs, le recours a été interjeté dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, par la partie dont l'exception de litispendance a été rejetée, autrement dit, une partie ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente et ayant un intérêt à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 76 al. 1 LTF ). Le recours en matière civile est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 139 II 404 consid. 3 p. 415; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 88; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 88 ss; 134 V 53 consid. 3.3 p. 60). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si de tels griefs ont été invoqués et motivés par le recourant ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 137 II 305 consid. 3.3 p. 310 s.), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée ( ATF 135 III 232 consid.

1.2 p. 234).

### **E. 2.2**

Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; ATF 135 I 221 consid. 5.2.4 p. 229; 133 IV 342 consid. 2.1 p. 344), de même que les faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris ( ATF 133 IV 342 consid. 2.1 p. 343 s.; arrêt 5A\_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 1.4). Vu ce qui précède, la pièce nouvelle produite par la recourante le 7 mai 2014, à savoir l'arrêt de la Cour d'appel de N.\_\_\_\_\_, est d'emblée irrecevable.

### **E. 3**

En raison des procédures pendantes dans des États distincts et du changement de résidence de l'enfant mineur de la France à la Suisse, le litige revêt un caractère international. Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en matière civile, doit contrôler d'office la question du droit applicable, selon la loi du for, à savoir la loi sur le droit international privé (LDIP; ATF 137 III 481 consid. 2.1 p. 483; 135 III 259 consid. 2.1 p. 261; 133 III 37 consid. 2 p. 39), sous réserve des traités internationaux ( art. 1 al. 2 LDIP ). A teneur de l' art. 85 al. 1 LDIP , dans le domaine de la protection des enfants, la question du droit applicable se résout selon la Convention conclue à La Haye le 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; art. 1 al. 1 let. b et art. 3, puis 15 à 22 CLaH96; arrêt 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 consid. 3.1.1), laquelle a été signée et ratifiée tant par la Suisse que par la France (arrêt 5A\_884/2013 du 19 décembre 2013 consid. 4.1). Englobant toutes les mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant (art. 1 CLaH96), cette convention régit en particulier l'attribution et le retrait de l'autorité parentale ainsi que le règlement de la garde et des relations personnelles, notamment dans le cadre de la modification d'un jugement de divorce concernant l'attribution des enfants ( ATF 138 III 11 consid. 5.1 p. 13; 132 III 586 consid. 2.2.1 p. 590; ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, 2011, n° 8

ad

art. 85 LDIP ). En vertu de l'art. 15 CLaH96, dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II de la Convention, les autorités des États contractants appliquent en principe leur droit (art. 15 al. 1 et 21 al. 1 CLaH96; PAUL LAGARDE, La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs, in Revue critique de droit international privé n° 86, 1997, p. 230; BUCHER, op. cit. n° 56 ad art. 85 LDIP ). Dans la mesure où les autorités helvétiques sont compétentes pour connaître du présent litige, le droit suisse est donc applicable.

### **E. 4**

Le recours a pour objet la compétence

ratione loci des tribunaux du canton de Genève pour statuer sur les droits parentaux et l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce.

S'agissant de sa compétence

ratione loci , la cour cantonale a constaté que les deux procédures visées par la fin de non-recevoir tirée de la litispendance - de mesures provisionnelles et au fond, en modification du jugement de divorce -, sont pendantes dans des États distincts, de sorte que la question devait être examinée sur la base du droit international privé, en particulier l'art. 13 ch. 1 CLaH96. L'autorité précédente a en outre relevé que la procédure en référé française, ouverte le 5 avril 2013, l'avait été avant celle introduite en Suisse, et qu'elle concerne le lieu de résidence de l'enfant mineur, ainsi que, en appel, l'autorité parentale. L'autorité précédente a précisé que ces points étaient encore en cours d'examen devant la Cour d'appel de N.\_\_\_\_\_. L'autorité précédente a également retenu qu'il n'est pas contesté que la résidence habituelle de l'enfant se trouve actuellement en Suisse, à la suite de l'ordonnance de référé du 19 avril 2013. La cour cantonale a cependant constaté que, à teneur du dossier, aucune action au fond n'a été introduite en France, en sorte qu'il n'existe pas de litispendance sur le fond. Sur la base de ces constatations, la Cour de justice a considéré que le premier juge avait écarté à bon droit l'exception d'irrecevabilité tiré de la litispendance concernant la procédure de modification du jugement de divorce sur le fond, soulevée par la mère.

## **E. 5**

La recourante fait grief à l'autorité précédente d'avoir omis d'examiner la question de la résidence habituelle de l'enfant mineur au jour du dépôt de la demande en modification du jugement de divorce le 30 avril 2013, mais d'avoir retenu qu'il n'était pas contesté que l'enfant se soit installé chez son père, à la suite de l'ordonnance de référé du 19 avril 2013. Le recourante relève qu'il convenait d'examiner la compétence des tribunaux suisses au moment de l'introduction de la demande et non au jour de la décision. Elle rappelle la définition de la résidence habituelle et relève que la seule présence physique n'est pas un critère suffisant. Dans le cas d'espèce, la recourante constate que son fils se trouvait chez son père en Suisse depuis onze jours seulement, qu'à l'époque de la demande, l'enfant n'avait pas eu le temps de se créer des amis, des habitudes et un cercle social, qu'il revenait dans un pays qu'il avait quitté sept ans plus tôt, alors qu'il y avait vécu seulement deux ans, et qu'il n'avait ni nationalité suisse, ni permis de séjour dans ce pays au jour de la demande, de sorte que ni la durée du séjour, ni les autres facteurs ne permettaient de fonder une résidence habituelle en Suisse. Elle affirme de surcroît que ce lieu de résidence n'était dès l'origine pas destiné à être durable, l'enfant étant arrivé à Y.\_\_\_\_\_ à la suite de l'ordonnance provisoire et urgente du 19 avril 2013. La recourante en conclut que, faute de résidence habituelle de l'enfant en Suisse à la date du dépôt de l'action en modification du jugement de divorce, la Cour de justice ne devait pas se déclarer compétente pour connaître de cette demande. La recourante estime que, ce faisant, l'autorité précédente a violé l'art. 5 CLaH96, partant, fait un mauvais usage de sa liberté d'appréciation, versant ainsi dans l'arbitraire ( art. 9 Cst. ), tant dans la motivation que dans le résultat auquel elle parvient. En outre, en omettant d'examiner de manière précise si, au jour de la saisine du juge genevois, le but du séjour de l'enfant était destiné à durer, point capital pour déterminer la compétence, la recourante soutient que l'autorité précédente a violé son droit d'être entendue au sens de l' art. 29 Cst.

### **E. 5.1.1**

Le droit d'être entendu est un grief de nature formelle. Sa violation conduit à l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Il convient ainsi d'examiner ce grief avant tout autre ( ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285;

arrêt 5A\_791/2010 du 23 mars 2011 consid. 2.2) et avec une cognition libre ( ATF 121 I 54 consid. 2a p. 57 et les arrêts cités).

La jurisprudence a déduit de la garantie constitutionnelle de l' art. 29 al. 2 Cst. , le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse en saisir la portée, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle ( ATF 133 III 439 consid. 3.3 p. 445 s.). Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision ( ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236; 136 V 351 consid. 4.2 p. 355).

### **E. 5.1.2**

En l'occurrence, la cour cantonale a rappelé les critères permettant de déterminer la résidence habituelle au sens de la CLaH96, puis elle a constaté que l'enfant s'était installé chez son père à Y.\_\_\_\_\_, à la suite de l'ordonnance de référé du 19 avril 2013, qu'il y était scolarisé, et que son séjour, supérieur à six mois, comprenait un déplacement du centre de vie effectif de l'enfant. L'autorité précédente a donc examiné la question de la résidence habituelle dans le cas d'espèce, à la lumière des facteurs mis en évidence. Au demeurant, la recourante reproche à la Cour de justice, dans le présent recours, d'avoir violé l'art. 5 CLaH96 et la jurisprudence relative à la notion de résidence habituelle, et d'avoir ce faisant versé dans l'arbitraire ( art. 9 Cst. ;

cf. infra consid. 5.2); il apparaît donc qu'elle a manifestement été en mesure de comprendre et d'attaquer le raisonnement de la décision querellée concernant la notion de résidence habituelle de l'enfant. Le grief de violation du droit d'être entendu, soulevé à la lumière d'un prétendu défaut de motivation de la question de la résidence habituelle ( art. 29 al. 2 Cst. ), doit donc être rejeté.

### **E. 5.2**

Selon l'art. 5 CLaH96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (al. 1). En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (al. 2). Le principe de la

perpetuatio fori ne s'applique donc pas (arrêts 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 consid. 3.1.1; 5A\_622/2010 du 27 juin 2011 consid. 3 et les références citées, singulièrement la note précisant que la proposition de plusieurs États, selon laquelle un tribunal saisi devrait conserver sa compétence jusqu'au terme de la procédure, a été rejetée par une large majorité de la Commission). Il s'ensuit que, dans les relations entre États contractants, le changement de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence (arrêt 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 consid. 3.1.1; s'agissant de la CLaH61: ATF 132 III 586 consid. 2.2.4 p. 591).

Selon la définition qu'en donne en règle générale la jurisprudence, la résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches ( ATF 110 II 119 consid. 3 p. 122; arrêts 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.3; 5A\_427/2009 du 27 juillet 2009 consid. 3.2 publié

in FamPra.ch 2009, p. 1088). En conséquence, outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant (arrêts 5A\_889/2011 du 23 avril 2012 consid. 4.1.2 et 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1; également arrêt de la CJCE du 2 avril 2009 C-523/07 Korkein hallinto-oikeus contre Finlande, Rec. 2009 I-02805 §§ 37 ss). La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément; cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes ( ATF 129 III 288 consid. 4.1 p. 292; arrêts 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.3; 5A\_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2, publié

in SJ 2010 I, p. 193 et 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1, avec les références). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêts 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.3; 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1 et les références citées).

### **E. 5.3**

En l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante, il faut retenir que les parties ne contestent pas que l'enfant s'est installé chez son père à Y.\_\_\_\_\_ dès 19 avril 2013, partant qu'il se trouvait en Suisse au jour de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce. La recourante s'en prend en réalité à la durée prévisible du séjour à l'époque du dépôt de la demande. En l'occurrence, l'enfant ne se trouvait en Suisse que depuis onze jours, mais il ressort des faits que l'enfant y a été scolarisé immédiatement. L'autorité précédente a par ailleurs considéré que le séjour à Y.\_\_\_\_\_ devait durer plus de six mois et impliquait ainsi un déplacement de son centre de vie, de sorte que la résidence habituelle de l'enfant se trouvait à Y.\_\_\_\_\_ sitôt après le changement du lieu de séjour,

a fortiori au jour de la saisine du tribunal de première instance genevois. Ce raisonnement est corroboré par le texte de l'ordonnance de référé prononcée par le juge français, ayant motivé le changement de lieu de vie de l'enfant, laquelle ordonne "le transfert sans délai de la résidence" de l'enfant chez son père à Y.\_\_\_\_\_, "l'inscription de l'enfant dès que possible" à l'école et règle le droit de visite de la mère sur le long terme. Il apparaît en effet qu'une telle réglementation ne saurait concerner un séjour temporaire de moins de six mois. Il s'ensuit que la résidence habituelle de l'enfant se trouvait à Y.\_\_\_\_\_ sitôt l'enfant arrivé, eu égard à sa durée prévisible, car elle était destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts. Pour le surplus, la recourante, en se référant à des critères dénués de pertinence pour déterminer la résidence habituelle - ainsi la nationalité de l'enfant, le titre de séjour ou d'établissement lors de l'arrivée de l'enfant, la durée depuis laquelle l'enfant avait quitté la Suisse et la durée de son précédent séjour dans ce pays - substitue sa propre appréciation à celle de la cour cantonale. L'autorité précédente a donc considéré à juste titre que, lors du dépôt de la requête, le 30 avril 2013, l'enfant avait sa

résidence habituelle à Y. \_\_\_\_\_ au sens de l'art. 5 al. 1 CLaH96. Le grief soulevé par la recourante concernant la résidence habituelle de l'enfant au jour de la saisine des tribunaux suisses est en définitive mal fondé et doit être rejeté.

#### **E. 6**

Vu ce qui précède, le recours se révèle mal fondé et ne peut dès lors qu'être rejeté. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens aux intimés qui ont succombé s'agissant de la requête d'effet suspensif et qui n'ont pas été invités à répondre sur le fond ( art. 68 al. 1 LTF ).

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