

# **GE\_GERICHTE ACJC/788/2009 vom 19. Juni 2009**

GE Cour de justice, 2009-06-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_788\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_788_2009)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/788/2009 du 19 juin 2009

IT: GE\_GERICHTE ACJC/788/2009 del 19 giugno 2009

## **Regeste**

Résumé: Examen de la compétence à raison du lieu selon les art. 1 et 4 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits (art. 296 et 300 LPC).

Le Tribunal a statué en premier ressort (art. 26 LOJ); la Cour dispose donc d'un plein pouvoir d'examen.

### **E. 2.1**

En matière de mesures provisoires, le juge statue selon les règles de la procédure accélérée, en fonction des preuves immédiatement disponibles (art. 382 al. 3 LPC), en faisant abstraction des circonstances qui ne peuvent pas être élucidées sans une instruction impliquant le recours à des mesures probatoires

- 5/10 -

C/26660/2007 (ATF 118 II 376, consid. 3; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 8 ad art. 382 LPC). L'autorité saisie peut donc s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués (GLOOR, Commentaire bâlois, 2002, n. 18 ad art. 137 CC).

### **E. 2.2**

En l'espèce, le second échange d'écriture réclamé par l'appelant, en raison de la référence faite par l'intimée à ses arguments au fond auxquels il n'a pas encore répondu, est exclu sur mesures provisoires.

### **E. 3.1**

Saisis valablement d'une action en divorce, les tribunaux suisses sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires, sauf si leur incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée (art. 62 al. 1 LDIP). Toutefois, l'art. 62 al. 3 LDIP réserve, sans distinction entre la compétence (traitée à l'art. 62 al. 1) et le droit applicable (traité à l'art. 62 al. 2 LDIP), les dispositions en matière de filiation (art. 82 et 83 LDIP) et de protection des mineurs (art. 85 LDIP) - mais non pas celles en matière d'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant mineur (art. 79 al. 1 LDIP). Selon l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses est régie par la Convention de La Haye du 5 octobre

1961 concernant cette matière. Relève en particulier de la protection des mineurs, l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, de même que la détermination des relations personnelles à l'occasion d'une procédure de divorce (ATF 126 III 298 = SJ 2000 I 477; ATF 123 III 411 = JdT 1998 I 269). A teneur de l'art. 1 CPM, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont, sous réserve des art. 3, 4 et 5 al. 3 du même texte, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. Le sort provisoire de l'enfant mineur (garde, droit de visite, mesures tutélaires) relève, selon le Tribunal fédéral, des règles de compétence de la CPM, par le double renvoi des art. 62 al. 3 et 85 LDIP, de sorte que seule sa résidence habituelle durant la procédure est déterminante - même lorsque cette résidence habituelle est dans un pays non contractant, comme les États-Unis d'Amérique. Ainsi, le juge suisse ne peut admettre sa compétence que si l'enfant a sa résidence habituelle en Suisse au moment du dépôt de la demande (arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 1998 publié in : SJ 1999 p. 221 consid. 3a cc, et cité chez DUTOIT, Commentaire, 4ème éd. 2005, n. 5 ad art. 62 LDIP). La notion de résidence habituelle, au sens de la CPM, doit être interprétée à la lumière du but et de l'esprit de ce traité, même si elle correspond en règle générale à celle de l'art. 20 LDIP (arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 1998 publié in : SJ 1999 p. 221 consid. 3b aa). Cette notion est axée sur une situation de fait et

- 6/10 -

C/26660/2007 implique la présence physique dans un lieu donné; il s'agit du centre effectif de la vie propre de l'enfant, nonobstant les droits parentaux sur sa personne (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_263/2008 du 9 juillet 2008 consid. 2.5). Les faits extérieurs perceptibles sont déterminants (ATF 129 III 288 consid. 4.1), et l'intégration sociale (liens familiaux, école) d'une certaine durée, au lieu de séjour actuel, y fonde une résidence habituelle (KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Commentaire zurichois 2004, n. 48 ad art. 20 LDIP). La résidence en un lieu donné existe lorsque l'enfant y séjourne pendant un an ou plus (SIEHR, Commentaire zurichois 2004, n. 19 ad art. 85 LDIP; cf. aussi LEUMANN LIEBSTER, FamPra 2002 p. 513).

### **E. 3.2**

En l'espèce, les enfants A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ vivent à Honolulu depuis 2003, soit depuis plus de cinq ans, et ils y sont régulièrement scolarisés. Par ailleurs, la présente requête de mesures provisoires formée par l'appelant date du 30 novembre 2007. Ainsi, les enfants avaient leur résidence habituelle aux États-Unis, au moment du dépôt de la requête de mesures provisoires. Par conséquent, les tribunaux genevois ne sont pas compétents pour trancher à titre provisoire la question des relations personnelles des enfants avec leur père.

En outre, le Tribunal des affaires familiales de Hawaii a été saisi d'une requête identique au mois de mars 2007 et a attribué provisoirement la garde à la mère des enfants, ce que n'ignorait pas l'appelant au moment de la rédaction du présent appel. Partant, il y a litispendance sur le fond, raison pour laquelle les tribunaux genevois doivent également décliner leur compétence. Il s'ensuit que c'est à juste titre que le premier juge s'est déclaré incompétent *ratione loci*, pour les mesures provisoires concernant ces enfants.

### **E. 4**

L'appelant soutient que les tribunaux genevois seraient compétents en vertu de l'art. 4 CPM.

#### **E. 4.1**

Conformément à cette disposition, si les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant considèrent que l'intérêt du mineur l'exige, elles peuvent, après avoir avisé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle, prendre selon leur droit interne les mesures nécessaires à la protection de sa personne ou de ses biens. Si le mineur est double national, chacune de ses nationalités peut être prise en compte, pour justifier l'application de la norme précitée (SIEHR, op. cit., n. 66 ad art. 85 LDIP), encore qu'une partie de la doctrine recommande de se fonder sur le critère de la nationalité effective telle que la définit l'art. 23 al. 2 LDIP (BUCHER, Droit international privé suisse, Vol. II, no 880). Comme A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ possèdent tous la nationalité suisse, les tribunaux genevois seraient compétents au regard de l'art. 4 CPM, en fonction du principe posé à l'art. 23 al. 1 LDIP.

- 7/10 -

C/26660/2007 De l'avis d'une partie de la doctrine, un juge suisse saisi valablement d'une requête en divorce peut statuer sur le sort d'un enfant du couple vivant dans un Etat tiers, en application de l'art. 4 CPM, à la condition - non réalisée dans le cas d'espèce - que les deux parties souscrivent à cette solution; l'interprétation proposée se fonderait sur une application anticipée de l'art. 10 de la Convention de La Haye, révisée en 1996, en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants (SIEHR, op. cit., n. 69 ad art. 85 LDIP; BUCHER, RSDIE 1997 p. 84- 89). Point n'est toutefois besoin de déterminer si une telle analyse doit être suivie. En effet, l'art. 4 CPM, qui réserve les cas d'urgence, - notion devant être interprétée de manière extrêmement restrictive, ce d'autant plus lorsqu'une procédure ayant le même objet est pendante devant les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur (SJ 1999 I 221 cons. 3/c; FamPra 2003 p. 915 cons. 8) -, ne vaut que si les autorités de l'Etat d'origine ont préalablement avisé celles du pays de résidence du mineur (SCHWANDER, Commentaire bâlois de la LDIP, n. 37 ad art. 85 LDIP et les références; SIEHR op. cit., n. 70 ad art. 85 LDIP).

#### **E. 4.2**

Or, le Tribunal de première instance n'a pas sollicité l'avis des autorités américaines avant de se déclarer incompétent *ratione loci*. La norme est donc inapplicable, ce d'autant plus que le Tribunal des affaires familiales de Hawaii a d'ores et déjà statué. De surcroît, il n'a été ni établi ni rendu vraisemblable qu'une intervention immédiate des instances judiciaires ou administratives se justifierait, en particulier sur mesures provisoires, pour préserver les enfants d'un danger imminent. A cet égard, le seul témoignage de l'ancienne nourrice des enfants n'est pas suffisant. Au surplus, en concluant lui-même à l'octroi d'un large droit de visite sur les enfants en faveur de l'intimée, l'appelant reconnaît que celle-ci n'est pas entièrement incapable de s'occuper des enfants.

#### **E. 5**

Partant, le jugement attaqué, retenant l'incompétence *ratione loci* des tribunaux genevois au stade des mesures provisoires, sera confirmé.

#### **E. 6**

L'appelant, qui succombe intégralement, sera condamné en tous les dépens d'appel, qui comprendront une indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat (art. 176 al. 1 et 181 al. 3 LPC). En effet, dans la mesure où l'appelant a délibérément tu l'existence de la procédure intentée par l'intimée à Hawaii - procédure à laquelle il a

participé -, il ne se justifie pas, en équité, de compenser les dépens (art. 176 al. 3 LPC). D'autre part, l'intimée a conclu à la condamnation de l'appelant à une amende pour téméraire plaideur.

- 8/10 -

C/26660/2007 L'art. 40 LPC traite des contraventions de procédure par une partie au procès, en particulier celle qui pour fonder sa demande ou sa défense, a recours à des allégations intentionnellement inexacts, à des imputations calomnieuses ou à tout autre moyen de mauvaise foi (lit. a) ou, qui fait un emploi abusif des procédures prévues par la loi, notamment en agissant ou en défendant de manière téméraire (lit. c). A cet égard, il convient d'être prudent dans l'appréciation du caractère abusif ou téméraire d'une action ou d'une défense, sans quoi il y a un risque d'entraver de manière excessive le recours aux tribunaux. C'est celui qui multiplie les procédures inutiles ou qui s'obstine à soutenir des moyens infondés qui mérite sanction (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4 ad art. 40). De plus, la doctrine considère que le devoir de loyauté implique que les parties renoncent au mensonge, que ce soit par action ou par omission. Un exposé contraire à la vérité peut donc être sanctionné, qu'il soit contenu dans une écriture ou qu'il résulte de l'interrogatoire des parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/ SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 40). Or, l'appelant a fait preuve de mauvaise foi en omettant d'indiquer qu'une procédure identique à celle qu'il a intentée à Genève était déjà pendante à Hawaii. Toutefois, la présente procédure s'inscrit dans un contexte familial délicat, si bien que le comportement de l'appelant doit être relativisé. En conséquence, la Cour condamne l'appelant à une amende pour téméraire plaideur limitée à 1'000 fr. \* \* \* \* \*

- 9/10 -

C/26660/2007

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