

GE_GERICHTE ACJC/931/2010 vom 12. August 2010

GE Cour de justice, 2010-08-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_931_2010

FR: GE_GERICHTE ACJC/931/2010 du 12 août 2010

IT: GE_GERICHTE ACJC/931/2010 del 12 agosto 2010

Regeste

Résumé: 1. Dès que l'action en divorce d'un des conjoints est pendante devant un tribunal compétent, des mesures protectrices de l'union conjugale ne peuvent plus être prises pour la période postérieure à la litispendance, seules des mesures provisoires pouvant encore être ordonnées durant la procédure de divorce. Cette règle, applicable sur le plan interne, vaut aussi en principe, dans les causes à caractère international. La compétence du juge suisse des mesures protectrices de l'union conjugale reste cependant réservée quand a priori, c'est-à-dire lors de l'ouverture de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale déjà, il est évident qu'un jugement de divorce rendu à l'étranger ne pourra pas être reconnu en Suisse (consid. 2.1). 2. Si la reconnaissance en Suisse du jugement étranger n'est pas d'emblée écartée, la compétence des autorités suisses pour ordonner des mesures ne saurait reposer sur l'art. 46 LDIP. Elle ne peut découler que de l'art. 10 LDIP, selon lequel les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond (consid. 2.1). 3. Il se justifie de prononcer les mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP (1) quand le droit que doit appliquer le tribunal étranger ne connaît pas une réglementation analogue à celle de l'art. 137 CC; (2) quand les mesures ordonnées par le tribunal étranger ne peuvent pas être exécutées au domicile de la ou des parties en Suisse; (3) quand doivent être ordonnées des mesures pour garantir une exécution future sur des biens sis en Suisse; (4) quand il y a péril en la demeure ou (5) quand on ne saurait espérer que le tribunal étranger prendra une décision dans un délai convenable (consid. 2.2). 4. Le principe selon lequel la perpetuatio fori s'applique lorsque la résidence de l'enfant est située dans un Etat qui n'est pas partie à la Convention de la Haye de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs est également valable sous l'empire de la Convention de la Haye de 1996 régissant la même matière (consid. 2.3). 5. La notion de résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle d'un enfant se détermine ainsi d'après le lieu effectif de sa propre vie. Pour déterminer si une personne s'est créée une résidence habituelle, ce n'est pas la durée de la présence dans un endroit donné qui est décisive, mais la "perspective d'une telle durée" consid. 2.3). 5. L'art. 7 de la Convention de 1996 qui règle les conséquences du déplacement illicite des enfants sur la compétence des autorités codifie un principe de portée générale (consid. 2.3).

Erwägungen

E. 1

L'appel a été interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 365 LPC).

Le juge a statué en premier ressort sur un incident d'incompétence ratione loci (art. 26 LOJ). La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

E. 2.1

Les parties sont de nationalité étrangère. S'agissant d'une matière internationale au sens de l'art. 1 al. 1er LDIP, la compétence des autorités judiciaires et administratives suisses se détermine d'après la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), sous réserve des traités internationaux (art. 1 al. 2 LDIP).

La compétence des tribunaux suisses pour ordonner des mesures ne peut pas découler de l'art. 62 al. 1 LDIP, puisqu'aucune procédure de divorce n'était pendante en Suisse à la date du dépôt de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale. En revanche, les tribunaux suisse du domicile de l'un des époux sont compétents pour ordonner des mesures relatives aux effets du mariage (art. 46 LDIP), qui englobent en principe les mesures protectrices de l'union conjugale requises en vertu des art. 172 ss CC. Toutefois dès que l'action en divorce d'un des conjoints est pendante devant un tribunal compétent, des mesures protectrices de l'union conjugale ne peuvent plus être prises pour la période postérieure à la litispendance, seules des mesures provisoires pouvant encore être ordonnées durant la procédure de divorce (ATF 129 III 60 consid. 2). Cette règle, applicable sur le plan interne, vaut aussi en principe, dans les causes à caractère international (TF 5C.243/1990 du 5 mars 1991, consid. 2c, in SJ 1991 p. 463).

La compétence du juge suisse des mesures protectrices de l'union conjugale reste cependant réservée quand a priori, c'est-à-dire lors de l'ouverture de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale déjà, il est évident qu'un jugement de divorce rendu à l'étranger ne pourra pas être reconnu en Suisse (ATF 134 III 326 consid. 3.3 et les références).

- 7/10 -

C/21648/2009 L'intimé a sollicité de la Cour de F_____, le 30 août 2009, qu'elle prononce le divorce dans les conditions du "contrat de divorce" du 1er juillet 2008. L'assignation à comparaître en Arabie saoudite n'a toutefois pas été notifiée à l'intimée à son domicile en Suisse et n'a pas pu l'être au domicile saoudien de son père, de sorte que le jugement étranger pourrait pour ce motif ne pas être reconnu en Suisse (art. 27 al. 2 LDIP, ordre public suisse procédural). Il pourrait également être contraire à l'ordre public suisse matériel en cas d'homologation du "contrat de divorce" du 1er juillet 2008 (art. 27 al. 1 LDIP; ATF 126 III 327 et 103 Ib 69, refus de reconnaissance d'une répudiation unilatérale de la femme par le mari; 122 III 344, divorce "conventionnel" prononcé à l'étranger). Il est toutefois prématuré, faute d'éléments suffisants, de se prononcer définitivement sur ce point, à ce stade du litige. Si la reconnaissance en Suisse du jugement étranger n'est pas d'emblée écartée, la compétence des autorités suisses pour ordonner des mesures ne saurait reposer sur l'art. 46 LDIP. Elle ne peut découler que de l'art. 10 LDIP, selon lequel les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond. En effet, l'art. 62 al. 1 LDIP n'exclut pas a contrario l'application, à certaines conditions, de l'art. 10 LDIP (TF 5C.243 du 5 mars 1991, consid. 5, in SJ 1991 p. 463, not. 465).

E. 2.2

En 1978, soit avant l'entrée en vigueur le 1er janvier 1989 de la LDIP, le Tribunal fédéral a posé le principe que l'ordre juridique suisse devait assurer une protection sans lacune en matière de divorce (ATF 104 II 246 consid. 3). En 1991, il a énuméré les cas dans lesquels, il se justifiait de prononcer des mesures provisoires sur la base de l'art. 10 LDIP. Tel est le

cas (1) quand le droit que doit appliquer le tribunal étranger ne connaît pas une réglementation analogue à celle de l'art. 137 CC; (2) quand les mesures ordonnées par le tribunal étranger ne peuvent pas être exécutées au domicile de la ou des parties en Suisse; (3) quand doivent être ordonnées des mesures pour garantir une exécution future sur des biens sis en Suisse; (4) quand il y a péril en la demeure ou (5) quand on ne saurait espérer que le tribunal étranger prendra une décision dans un délai convenable (TF 5C.243/1990 du 5 mars 1991, consid. 5a et b, in SJ 1991 p. 457, not. pp. 465 s.). La doctrine approuve cette jurisprudence selon lesquelles des mesures provisoires peuvent être ordonnées en vertu de l'art. 10 LDIP lorsqu'une action en divorce est pendante à l'étranger (ATF 134 III 326 consid. 3.5.1).

E. 2.3

Est litigieuse la compétence des autorités suisses pour statuer sur les mesures relatives à la protection des mineurs, réservées par les dispositions sur les effets de la filiation (art. 79 al. 2 LDIP). L'art. 85 al. 1 LDIP, dans sa teneur modifiée au 1er juillet 2009, relatif aux mesures de protection des enfants, renvoie à la Convention de la Haye du 19

- 8/10 -

C/21648/2009 octobre 1996 - à laquelle l'Arabie saoudite n'est pas partie - 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 (RS 0.211.231.011). Cette convention remplace dans les Etats contractants (art. 51 de la Convention de 1996) la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01). Le principe, tiré de la Convention de 1961 (cf. art. 5 al. 1; ATF 123 III 411 consid. 2a), que la *perpetuatio fori* ne s'applique pas entre les Etats contractants a été confirmé par la Convention de 1996, dont l'art. 5 prévoit la compétence des autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant (al. 1) et, en cas de changement de résidence habituelle dans un autre Etat contractant, le transfert de compétence aux autorités de cet Etat (al. 2). Dans cette mesure, la jurisprudence relative à l'art. 85 LDIP, dans son ancienne teneur, qui prévoit que la compétence de l'autorité saisie peut être conservée dans le sens de la *perpetuatio fori* lorsque la nouvelle résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un Etat non contractant (TF 5A_220/2009 du 30 juin 2009, consid. 4.1.1 et les références), conserve toute sa valeur. La notion de résidence habituelle, que la convention ne définit pas, doit être interprétée conformément au but et à l'esprit du traité; on peut s'inspirer de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, dont la définition correspond en règle générale au rôle attribué à la résidence habituelle dans le cadre de la convention; la notion de résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle d'un enfant se détermine ainsi d'après le lieu effectif de sa propre vie. Pour déterminer si une personne s'est créé une résidence habituelle, ce n'est pas la durée de la présence dans un endroit donné qui est décisive, mais la "perspective d'une telle durée" (TF 5A_220/2009, consid. 4.1.2 et les références; TF 5A_607/2008 du 2 mars 2009, consid. 4.4). D'après l'état de fait qui précède, les enfants ont été scolarisés au Collège D_____ à Genève jusqu'à la fin de l'année scolaire 2009, ont passé les vacances d'été 2009 entre H_____, l'Ecosse, Cannes et F_____. Ils séjournent à F_____ depuis le 20 octobre 2009 et ont recommencé l'école auprès de the E_____ International School of F_____ le 24 octobre 2009. Leur départ, non définitif, de Genève a été annoncé à l'Office cantonal de la population le 17 novembre 2009. C'est dire qu'à la date du dépôt de la requête le 5 octobre 2009, les enfants, qui avaient jusque-là suivi leur

scolarité à H_____, avaient conservé leur résidence habituelle dans cette ville. Les séjours dans leur pays d'origine au début du mois de juillet et à fin août / début septembre 2009 ne permettent pas de considérer, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, que F_____ constituait à ce moment le lieu effectif de leur vie. Leur inscription dans l'école privée à F_____ est en effet intervenue à la fin du mois de septembre 2009, alors que les enfants se

- 9/10 -

C/21648/2009 trouvaient précisément à H_____, et ils n'ont recommencé l'école à F_____ que le 24 octobre 2009. La question de l'éventuel transfert de la résidence habituelle des enfants en Arabie saoudite après le 24 octobre 2009 et après l'annonce de leur départ à l'Office cantonal de la population, qui n'est, quoi qu'il en soit, pas définitif, le 17 novembre 2009 peut rester indécise dans le cas particulier, les tribunaux genevois saisis conservant leur compétence dans le sens de la *perpetuatio fori*. Au demeurant, dans le cas particulier, les enfants ont été déplacés de manière illicite (SJ 2001 I 293 consid. 1c/aa p. 295) par le père contre la volonté de la mère, alors que les parents, toujours mariés, étaient détenteurs en commun de l'autorité parentale et que l'intimé n'était pas investi de la garde des enfants laquelle confère la faculté de déterminer leur lieu de résidence (cf. art. 3 let. b et 7 al. 2 de la Convention de 1996). Certes, l'art. 7 de la Convention de 1996 relatif au déplacement ou au non retour illicite de l'enfant n'est pas applicable dans le cas particulier, l'Arabie saoudite n'étant, ainsi qu'on l'a vu, pas partie à ce traité international. Il n'en reste pas moins que ces circonstances s'opposent clairement, en référence à une disposition conventionnelle qui codifie un principe de portée générale, à admettre le transfert de la résidence habituelle des enfants en Arabie saoudite, étant rappelé que l'appelante a déposé plainte pénale du chef d'enlèvement de mineurs le lendemain de leur départ de Suisse. En définitive, pour ces différents motifs, la résidence habituelle des enfants à Genève à la date du dépôt de la requête, le 5 octobre 2009, fonde la compétence des tribunaux genevois pour statuer sur les mesures de protection des enfants (cf. art. 3 let. a et b de la Convention de 1996). Le jugement attaqué est donc annulé dans le chiffre 2 de son dispositif et il est statué à nouveau sur ce point.

E. 3

L'intimé, qui succombe sur incident d'incompétence *ratione loci*, est condamné, aux dépens d'appel.

E. 4

Le présent arrêt est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), le litige ne constituant pas une affaire pécuniaire (art. 74 al. 1 LTF). S'agissant de mesures provisionnelles, les moyens sont limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF). * * * * *

- 10/10 -

C/21648/2009

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