

# SZIER

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales  
und europäisches Recht

# RSDIE

Revue suisse  
de droit international  
et européen

24. Jahrgang

3/2014

24<sup>e</sup> année

## Unbegründete Kritik am Urteil Gross

LUDWIG A. MINELLI

## Déterminations sur l'arrêt Gross

HECTOR ENTENZA

## Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens der Schweiz mit China

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA & DAVID HONGLER

## «L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies; donc il ne doit pas respecter le droit international»: Variations sur un thème saugrenu

ROBERT KOLB

## Praxisberichte/Chroniques

**Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/**

**Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)**

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER

**La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013**

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

**Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und  
Zwangsvollstreckungsrecht (SCHWANDER)**

**Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des  
successions ANDREAS BUCHER**

Swiss Review  
of International  
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera  
di diritto internazionale  
e europeo

**SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht**

**RSDIE – Revue suisse de droit international et européen**

**RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo**

**SRIEL – Swiss Review of International and European Law**

[www.szier.ch](http://www.szier.ch) / [www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch)

**Herausgegeben von / Édité par:**

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

**Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften**

**Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales**

**Redaktionskomitee / Comité de rédaction:**

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)

**Managing Editor:**

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

**Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:**

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Thomas Cottier et al., Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle,

Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb,

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

**Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:**

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

[Lorenz.Langer@szier.ch](mailto:Lorenz.Langer@szier.ch)

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter [www.szier.ch](http://www.szier.ch) abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse [www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch).

**Verlag und Abonnementsverwaltung /**

**Edition et administration**

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: [zs.verlag@schulthess.com](mailto:zs.verlag@schulthess.com)

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–

ISSN 1019-0406

---

## Inhaltsübersicht/ Table des matières

**Tagungen/Workshops** ..... 338

### **Debatte/Débat**

LUDWIG A. MINELLI

Unbegründete Kritik am Urteil Gross..... 339

HECTOR ENTENZA

Déterminations sur l'arrêt Gross ..... 347

### **Artikel/Article**

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA &  
DAVID HONGLER

Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens  
der Schweiz mit China..... 353

ROBERT KOLB

«L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies ; donc il ne doit pas  
respecter le droit international »: Variations sur un thème saugrenu ..... 369

### **Praxis/Chronique**

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER  
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013) .. 385

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013..... 421

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und  
Zwangsvollstreckungsrecht ..... 461

ANDREAS BUCHER

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé  
de la famille et des successions ..... 479

---

# Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions

par **Andreas Bucher**<sup>1</sup>

## **I. Enlèvement d'enfant. Mère déménage avec l'enfant en Suisse. Ordonnance française attribuant le droit de garde au père. Séparation de l'enfant de sa mère intolérable. Garanties à requérir des autorités françaises.**

*Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 1<sup>er</sup> octobre 2013 – 5A\_637/2013  
AJP 2013 p. 1869, obs. A. Bucher, FamPra.ch 2014 n° 9 p. 211*

« A. A., de nationalités allemande et marocaine, et B., de nationalité française, se sont rencontrés en septembre 2010 et ont vécu ensemble en France sans être mariés. De cette relation est issue C., née en 2012. Ses parents l'ont reconnue avant sa naissance, le 11 février 2012, devant l'Officier d'état civil de la mairie de E. (France). C. a vécu auprès de ses parents à F. jusqu'au 15 octobre 2012, date à laquelle A. a quitté le territoire français en l'emmenant avec elle. Depuis lors, A. habite dans un appartement à D. (VD) avec sa fille. Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2012, elle travaille auprès d'une société, comme assistante de direction trois jours par semaine selon le rapport du Service de protection de la jeunesse du 4 avril 2013 (ci-après : SPJ).

B. – B.a. Le 30 octobre 2012, B. a saisi le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Besançon d'une assignation en référé. Après avoir tenu son audience le 8 novembre 2012, à laquelle A. n'a pas comparu, le juge a rendu une ordonnance de référé en date du 22 novembre 2012. Celle-ci constate notamment que l'autorité parentale sur C. est exercée en commun par les deux parents, fixe la résidence habituelle de l'enfant chez le père, la mère disposant d'un droit de visite et d'hébergement les week-ends pairs et pendant une partie des vacances scolaires. A. a fait appel contre cette décision, qui lui a été notifiée le 13 janvier 2013. Le 17 décembre 2012, B. a par ailleurs déposé une plainte pénale pour non-représentation d'enfant à ceux ayant droit de le réclamer et rétention hors de France. Enfin, le 26 février 2013, il a déposé auprès du juge aux affaires familiales précité une requête tendant à ce que la garde de l'enfant lui soit définitivement confiée.

<sup>1</sup> Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

B.b. Pour sa part, A. a ouvert le 18 février 2013 une procédure devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, visant notamment à obtenir une contribution d'entretien en faveur de l'enfant. Le 25 février 2013, elle a par ailleurs saisi la Justice de paix du district du Jura-Nord vaudois d'une demande en attribution de l'autorité parentale et de la garde. Le même jour, elle a requis en substance à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles qu'il soit constaté que l'ordonnance de référé du 22 novembre 2012 est inapplicable et que la garde et l'autorité parentale lui soient provisoirement confiées. Par décision du 27 février 2013, cette dernière requête a été rejetée et les parties ont été convoquées à une audience le 16 avril 2013.

C. – C.a. Le 15 mars 2013, B. a fait parvenir à l'Office fédéral de la justice une requête en vue du retour de l'enfant selon la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ci-après: CLaH80).

C.b. – C.b.a. Par requête adressée le 20 mars 2013 à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois, B. a requis des mesures de protection immédiate tendant notamment à interdire à A. de quitter le territoire suisse et a conclu, au fond, à ce qu'il soit ordonné le retour immédiat de l'enfant en France au domicile de son père ainsi que la remise immédiate de l'enfant par la mère en mains du SPJ, sous la menace de l'art. 292 CP, pour que celui-ci la remette à son père, B. ou se charge de son rapatriement, et à ce que le SPJ soit chargé de l'exécution du retour, le cas échéant, avec le concours des agents de la force publique.

Par décision du 26 mars 2013, Me Ana Rita Perez a été désignée en qualité de curatrice de l'enfant et B. invité à établir la teneur du droit français en matière de garde, ce qu'il a fait en transmettant notamment à la cour le contenu des art. 372 et 373-2 du CCfr.

Par déterminations du 4 avril 2013, A. a conclu au rejet des conclusions en protection immédiate et en retour ainsi qu'au constat que l'enfant est valablement domiciliée en Suisse auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012. Elle a produit des pièces et requis l'audition de témoins ainsi que la production par le requérant de tout document pouvant décrire l'état de santé de celui-ci depuis janvier 2011.

Le même jour, le SPJ a déposé un rapport d'évaluation concernant C., dont il ressort en substance que A. est une mère très attentive prudente et affectueuse, que C. est confiante, vive et se développe bien, et qu'il existe une très forte relation entre elles. Il a dès lors suggéré de ne prendre aucune mesure de protection particulière en faveur de l'enfant et d'inviter les parties à entreprendre une médiation. Le même jour, la curatrice de l'enfant a conclu au rejet des requêtes de mesures de protection immédiate et de retour et s'est montrée favorable à une médiation.

Par décision du 9 avril 2013, le Président de la Chambre des curatelles a rejeté la requête de mesures de protection immédiate. Il a également rejeté les réquisitions de production de pièces et d'audition de témoins formées par l'intimée.

C.b.b. Le 22 avril 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, durant laquelle les parties ont conclu une convention prévoyant notamment qu'elles s'engageaient à entamer une procédure de médiation, qu'elles requéraient

la suspension de la procédure de retour jusqu'au 31 octobre 2013 ou jusqu'à réquisition de l'une ou l'autre partie, qu'elles s'engageaient à requérir la suspension des procédures pendantes en Suisse et en France d'ici au 30 avril 2013, que B. déclarait renoncer à l'exécution de l'ordonnance de référé du juge aux affaires familiales du 22 novembre 2012 jusqu'à la reprise de la procédure de retour, qu'elles admettaient que, durant la suspension, A. s'occupe de C., celle-ci vivant auprès d'elle, que B. aura l'enfant auprès de lui un week-end sur deux du vendredi 18 h au dimanche 18 h la première fois le 3 mai 2013, à charge pour lui d'aller la chercher et la ramener, et que B. contribuera à l'entretien de l'enfant par le versement depuis le 1<sup>er</sup> mai 2013 d'une pension de 400 euros, allocations familiales non comprises. La Chambre des curatelles a ratifié la clause de la convention portant sur le droit de visite du père pour valoir ordonnance de mesures de protection et suspendu la procédure de retour conformément à cet accord. Le 19 juin 2013, B. a requis la reprise de la procédure de retour au motif que la médiation avait échoué. Chacune des parties a encore offert des preuves, l'intimée ayant notamment requis l'audition de trois témoins. Le 4 juillet 2013, le SPJ a rendu un rapport suite au signalement de violences donné par la mère, indiquant en substance que le problème qui avait opposé les parties était strictement lié à du mobilier, sans rapport direct avec C., que rien ne justifiait un changement brutal du lieu de vie de l'enfant, qu'il était urgent que la médiation se mette en route, que, selon le signalement du CAN Team (Département médico-chirurgical de pédiatrie), il existait un risque d'exposition de l'enfant à la violence conjugale, et que les visites entre le père et l'enfant devraient être renégociées au plus vite dans le cadre d'une médiation. Le même jour, la curatrice s'est déterminée en alléguant notamment qu'il n'y avait aucun signe de mise en danger de l'enfant nécessitant des mesures de protection urgente.

C.b.c. Le 21 août 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, qui a tenté sans succès la conciliation. Par jugement du 29 août 2013, cette autorité a notamment ordonné le retour en France de C., donné ordre à A., dès la notification de cette décision, de remettre l'enfant au SPJ, au moment et selon les modalités que ce dernier lui indiquera, cela sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP, et chargé le SPJ d'exécuter la décision, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique.

D. Par acte du 9 septembre 2013, A. exerce un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cette décision, concluant à titre de mesure provisionnelle à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, et au fond, principalement, à sa réforme en ce sens que le retour de C. est refusé et qu'il est constaté que cet enfant est valablement domiciliée à D. auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.), d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et dans l'application du droit (art. 5 LF-EEA et 13 CLaH80), ainsi que de la violation de ces mêmes dispositions. Invités à déposer leurs observations, l'intimé a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours, la curatrice de l'enfant a conclu à l'admission de la requête d'effet suspensif et du recours et l'autorité can-

tonale s'est référée aux considérants de sa décision quant au fond et s'en est remise à la justice quant à la requête d'effet suspensif.

E. Par ordonnance du 9 septembre 2013, il a été ordonné qu'aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Par ordonnance du 26 septembre 2013, l'effet suspensif a été accordé au recours.

### **Extrait des considérants :**

3. L'autorité cantonale a tout d'abord rappelé les motifs pour lesquels la demande d'audition de témoins par la recourante avait été rejetée, à savoir que ces mesures d'instruction étaient liées à des allégués relatifs au conflit conjugal qui n'apparaissaient pas déterminants pour statuer sur le retour de l'enfant, et a rejeté pour les mêmes motifs la requête de l'intimé de produire un rapport de police relatif à une dispute survenue le 23 mai 2013 entre les parties.

L'autorité cantonale a ensuite jugé que le déplacement de l'enfant était illicite au sens de l'art. 3 CLaH80, étant donné qu'il violait l'autorité parentale de l'intimé en droit français, soit le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80 qui comprend le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Elle a par ailleurs considéré qu'aucune exception au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 n'était réalisée : premièrement, l'intimé n'avait pas acquiescé au départ en Suisse de l'enfant, sur lequel il exerçait effectivement un droit de garde, les parties vivant ensemble à ce moment-là (art. 13 al. let. a CLaH80); secondement, les motifs exposés par la recourante (difficultés à trouver un logement et un emploi, inexistence de relations sociales, violence de l'intimé à son encontre) ne démontreraient pas en quoi un retour de l'enfant en France serait susceptible d'exposer celle-ci à un danger physique ou psychique ou de la placer dans une situation intolérable (art. 13 al. 1 let. b CLaH80 en lien avec l'art. 5 let. b LF-EEA). Elle a précisé que, en particulier, la recourante étant actuellement établie près de la frontière, une résidence en France voisine n'aurait pas nécessairement pour conséquence de lui faire perdre son emploi ou les liens qu'elle a pu tisser en Suisse. L'autorité cantonale a conclu que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA n'était pas réalisée et que, les conditions prévues à cet article étant cumulatives, il était superflu de juger si les autres l'étaient.

4. La recourante ne conteste pas le déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH80. Elle soutient en revanche que l'exception au retour de l'enfant en France prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est réalisée.

A cet égard, elle soulève tout d'abord des griefs relatifs à l'établissement des faits, invoquant que ceux-ci ont été établis en violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) ou de manière arbitraire (art. 9 Cst.). La pertinence de ces griefs étant liée aux conditions posées aux art. 13 CLaH80 et 5 LF-EEA, il y a lieu d'examiner d'abord celles-ci.

5. – 5.1. – 5.1.1. La France comme la Suisse ont ratifié aussi bien la CLaH80 que 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 responsa-

bilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96, RS 0.211.231.011). En vertu de l'art. 50 CLaH96, la CLaH96 n'affecte cependant pas la CLaH80 dans les relations entre les États parties aux deux conventions, de sorte que le retour de l'enfant peut être demandé sur la base de la CLaH80 (arrêt 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 4.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29).

5.1.2. En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a et 12 al. 1 CLaH80).

Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêts 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29; 5A\_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1, publié *in* PJA 2007 p. 1585 et *in* FamPra.ch 2008 p. 213). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (cf. art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêts 5A\_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié *in* FamPra.ch 2011 p. 505; 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151; 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, n° 6.4). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque: 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (arrêts 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29; 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (arrêt 5A\_583/2009 précité). Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que



quelques cas de figure qui – bien qu’essentiels – n’empêchent pas que l’on se prévale de la clause prévue dans la convention (Message précité).

Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l’enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d’origine concerne l’enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l’enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3). Toutefois, il en va autrement pour les nourrissons ; dans ce cas, la séparation d’avec la mère constitue dans tous les cas une situation intolérable. Le Tribunal fédéral a considéré qu’il en va de même pour un enfant âgé d’à peine 2 ans, qui avait été jusqu’alors pris en charge par la mère et avait à peine vu son père, raison pour laquelle le retour de l’enfant dépendait de celui de la mère (arrêts 5A\_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2011 p. 505 ; 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Néanmoins, quel que soit l’âge de l’enfant, si le placement de celui-ci auprès du parent requérant ne correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s’il n’est pas possible d’imposer au parent ravisseur qu’il raccompagne lui-même l’enfant (art. 5 let. b LF-EEA), un placement auprès de tiers ne devant constituer qu’une *ultima ratio*, dans des situations extrêmes, si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l’enfant et si la famille nourricière disposée à accueillir l’enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier (art. 5 let. c LF-EEA ; Message précité ; arrêt 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l’enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l’enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu’on peut l’exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l’enfant à titre d’exception au retour. Sinon, le parent ravisseur pourrait décider librement de l’issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2 ; arrêt 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 in fine, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Un retour du parent ravisseur avec l’enfant, au sens de l’art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s’expose à une mise en détention, ou s’il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s’agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu’il retourne dans le pays de dernière résidence de l’enfant aux fins d’y attendre qu’il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l’enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151).

5.2. En l’espèce, tout d’abord, au vu du très jeune âge de l’enfant née en 2012 et du fait que celle-ci a toujours été prise en charge par la recourante, une séparation d’avec sa mère créerait une situation intolérable pour elle, en ce sens que son héber-

gement auprès de l'intimé qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à son intérêt (art. 13 al. 1 let. b CLaH80; art. 5 let. a LF-EEA).

Or, l'arrêt attaqué ne permet pas de déterminer si la décision française accordant la garde au père et un droit de visite à la mère, rendue le 22 novembre 2012, doit être exécutée, de sorte qu'elle imposerait à la recourante de remettre sa fille à l'intimé. Dans sa réponse, la curatrice de l'enfant affirme que tel serait le cas. Si cette affirmation est avérée, le retour doit être refusé, l'exception de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 étant remplie. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé, il appartient en principe au juge du fait d'entreprendre les démarches auprès des autorités de l'Etat de provenance pour obtenir des garanties à cet égard (arrêt 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.8 et 3.9, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

Il convient donc de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin que celle-ci s'assure auprès des autorités françaises que, en cas de retour en France de la recourante avec l'enfant, celle-ci lui sera confiée jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde (cf. arrêts 5A\_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 4, publié *in* RSDIE 2012 p. 337; 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.6, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3. Il reste à examiner encore les griefs de la recourante, dans l'hypothèse où les garanties selon lesquelles l'enfant ne sera pas séparée d'elle jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde seraient obtenues.

5.3.1. En substance, la recourante affirme qu'elle ne peut pas retourner dans la région de F., où elle ne trouverait ni logement ni travail en raison de l'influence de la famille de l'intimé, et où elle serait exposée à des violences de la part de celui-ci, de sorte que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA serait réalisée.

Il s'agit-là de pures affirmations non démontrées. D'ailleurs, comme l'a précisément relevé l'autorité cantonale, selon la CLaH80, le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A\_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1; 5A\_550/2012 du 10 septembre 2012 consid. 5.1, publié *in* SJ 2013 I p. 25). Le grief de la recourante doit donc être rejeté.

Cas échéant, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de fixer à la recourante un délai conforme au principe de la célérité prévalant en la matière pour retourner avec l'enfant en France (cf. arrêt 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.9, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3.2. Dans l'hypothèse où, malgré l'obtention des garanties précitées, la recourante refuserait de retourner volontairement en France pour y prendre soin de son enfant dans le délai qui lui aura été précédemment fixé, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de déterminer si l'enfant pourrait être placée auprès de l'intimé jusqu'à la décision définitive sur l'attribution du droit de garde. En effet, même s'il a été dit précédemment que l'enfant en bas âge doit pouvoir rester auprès de sa mère, une séparation doit néanmoins avoir lieu et le retour être exécuté si la mère refuse d'accomplir ses devoirs parentaux au préjudice de son enfant et que le père est apte à en assumer la garde.

A cet égard, le chiffre II du dispositif de l'arrêt attaqué, qui donne ordre à la recourante de remettre l'enfant au SPJ dès la notification de la décision sous peine

d'amende, sans préciser qu'un tel ordre ne doit être exécuté que si la recourante refuse de retourner avec son enfant en France dans un certain délai et sans déterminer au préalable où l'enfant devrait alors être placée, n'est pas conforme au droit fédéral. Etant donné que l'impossibilité de placer l'enfant conformément à son intérêt constitue une exception à son retour, il appartient à l'autorité cantonale compétente de statuer sur ce point; elle ne peut déléguer cette décision au SPJ, soit à l'autorité chargée uniquement de l'exécution du retour au sens de l'art. 12 LF-EEA.

6. En conclusion, le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. ...»

## Observations:

Cet arrêt a laissé penser que le Tribunal fédéral s'engage définitivement à respecter l'art. 5 LF-EEA et à examiner les cas d'enlèvement sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et de ses liens avec sa mère. L'état de fait montre toute la panoplie de mesures et d'arguments qui peuvent rendre un tel cas compliqué. L'arrêt est bien motivé et il contient des renvois à des jurisprudences antérieures. Cela a cependant eu pour effet que certains raisonnements d'anciens arrêts y figurent encore, ce qui ne manque pas de causer des confusions.

Les traits essentiels de l'enlèvement sont simples. Les parents ont vécu non mariés dans la région de Besançon, jusqu'au 12 octobre 2012, jour où la mère (A.) a déménagé avec son enfant (C.) dans la partie nord du canton de Vaud, non loin de la frontière. Le père (B.) a réagi sans tarder. Le 22 novembre 2012, le juge de la famille de Besançon a rendu une ordonnance provisoire laissant aux parents le droit de garde partagé et décidant que l'enfant aura dorénavant sa résidence habituelle auprès du père. La mère a fait recours le 13 janvier 2013, sans que l'on sache ce qui en est résulté. Une requête du père du 26 février 2013 tendant à l'attribution définitive de l'autorité parentale est restée en suspens. La mère a échoué dans le canton de Vaud dans ses tentatives de se voir octroyer l'autorité parentale à titre provisoire. Il n'est pas contesté que la mère s'est toujours bien occupée de son enfant, proche de deux ans, et qu'il existe entre eux une relation très étroite.

C'est aussi la toile de fond du litige entamé par la demande de retour déposée par le père devant la Chambre des curatelles du canton de Vaud le 20 mars 2013. La violation du droit paternel de garde n'était pas contestée. Au regard de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de 1980, la question à examiner était de savoir si, en cas de retour, l'enfant était exposé au risque d'un danger physique ou psychique ou qu'il serait pour une autre raison placé dans une situation intolérable. L'arrêt constate correctement qu'il doit s'agir d'un risque sérieux et que le tribunal suisse ne doit pas s'engager dans des considérations sur l'aptitude de l'un ou de l'autre parent à s'occuper des soins et de l'éducation de l'enfant, question qui est réservée aux tribunaux du pays où l'enfant doit être retourné (c. 5.1.2). L'art. 5 LF-EEA fournit à cet égard des directives fort utiles, dont il est rappelé cependant qu'elles n'entendent

pas remplacer la disposition citée de la Convention, ce que le texte rend explicite par le mot « notamment ».

Le Tribunal fédéral a cru devoir y ajouter que l'art. 13 de la Convention, en sa qualité de disposition consacrant une « exception », devrait être interprétée de manière restrictive (c. 5.1.2). L'affirmation est erronée, car une règle d'exception n'est pas à interpréter de façon restrictive ou extensive, mais simplement d'après son sens et son but, comme le rappelle une jurisprudence constante (BGE 136 I 297 ss, 300 ; 139 V 148 ss, 153). Les motifs de l'art. 13 sont stricts en tant que tel ; point n'est besoin d'y ajouter encore une touche de rigueur supplémentaire. L'argument de rigueur est ensuite renforcé par le principe selon lequel le ravisseur ne doit pas tirer profit de son acte illégal (c. 5.1.2). C'est également une vieille pensée, répétée d'arrêt en arrêt, sans jamais avoir été expliquée. Si l'on y réfléchissait de plus près, on observerait qu'un tel principe n'existe nulle part en droit de la filiation et que, au contraire, le comportement des parents ne doit pas influencer sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. La Convention n'offre aucune prise pour une semblable démarche punitive à l'encontre de la mère. Il semble s'agir d'une simple proclamation, pour montrer à quel point les Juges fédéraux refusent de comprendre le désarroi des mères abandonnées en pays étranger. Car si ledit principe était ce qu'il dit, pourquoi le Tribunal fédéral accepte-t-il d'entrer en matière sur un recours par lequel la mère entend s'opposer au retour de l'enfant, dans l'intérêt de celui-ci et du sien ? Et comment rendre ledit principe compatible avec le respect de l'intérêt de l'enfant ? Curieusement, l'arrêt va jusqu'à citer son arrêt rendu dans l'affaire *Neulinger* (ATF 16.8.2007, 5A\_285/2007, c. 4.1, AJP 2007 p. 1585), sans observer que, dans la même affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que la mère, elle aussi, ne devait pas subir une atteinte au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de retourner avec l'enfant en Israël (arrêt du 6 juillet 2010, n° 41615/07, § 151). La mère doit donc pouvoir invoquer son intérêt propre – et le Tribunal fédéral lui dit le contraire, comme s'il n'avait rien voulu comprendre ? Combien de temps cela va-t-il encore durer ?

Le point clé est le fait que la séparation du jeune enfant de sa mère le placerait dans une situation intolérable, compte tenu de ses liens étroits avec sa mère qui s'en est occupée depuis sa naissance. L'arrêt en déduit que la remise au père ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant (c. 5.2). Le choix des mots est révélateur, pourrait-on penser. Car la liste des arrêts est longue qui rappellent que ni l'art. 13 de la Convention ni l'art. 5 LF-EEA n'ouvrent de perspective pour une analyse prenant appui sur l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, l'art. 5 lit. a LF-EEA a été expliqué en ce sens qu'il s'agit de situations dans lesquelles « il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant » (FF 2007 p. 2463).

Arrivé à ce point, l'arrêt innove. On remarque d'abord que l'arrêt cite de l'art. 5 LF-EEA uniquement la lettre a. Il ne mentionne pas les lettres b et c, ni le fait que les trois dispositions réunissent des conditions cumulatives (en ce sens, par exemple, l'ATF du 10.9.2012, 5A\_550/2012, c. 4.2). Le Tribunal fédéral admet que, en soi, le retour de l'enfant auprès du père ne serait pas intolérable. Il le serait pour une autre

raison, étant donné qu'il aurait lieu à travers une séparation de la mère en tant que principale personne de référence. Cette position est convaincante. Pour la retenir, il manquait cependant au Tribunal fédéral un renseignement, à savoir la confirmation du caractère exécutoire de l'ordonnance française du 22 novembre 2012 ; si ce fait était avéré, la mère aurait dû céder son enfant au père dès le passage de la frontière avec la France. Ce risque était trop sérieux. Le point nouveau dans ce raisonnement est l'interprétation extensive de la lettre a, applicable non seulement lorsque la cause du refus de remettre l'enfant au père réside en sa personne, mais également lorsque le père ne doit pas pouvoir accueillir l'enfant puisque celui-ci ne doit pas être séparé de sa mère. A y regarder de près, une telle séparation de la mère, ainsi comprise, pourrait remplir chacune des trois conditions de l'art. 5 LF-EEA. Ce n'est pas ce qui a été envisagé et l'interprétation adoptée n'est pas à l'abri de toute critique sous l'angle de la norme supérieure de l'art. 13 de la Convention. Le cas concret sort des prévisions de l'art. 5 LF-EEA, car cette règle ne fait pas du non-retour de la mère un obstacle si le père est apte à s'occuper de l'enfant. Il est acceptable sous l'angle de l'art. 13 de la Convention dans la mesure où l'on peut admettre, en l'espèce, que la relation de l'enfant avec sa mère est à ce point étroite que la séparation, suivie de la remise au père, est insupportable malgré le fait que le père est en soi apte à prendre soin de l'enfant. Il conviendra d'attendre et de voir si ce jugement reste isolé (ce qu'il est sans doute par rapport à quelques arrêts antérieurs concernant des enfants d'environ deux ans) ou s'il servira de direction dans des cas à venir.

L'arrêt est intéressant sous un autre angle encore. En principe, la procédure de retour doit rester neutre par rapport à l'attribution définitive de la garde. Le retour ne devrait donc pas provoquer un changement radical dans la répartition des rôles des parents. Le présent cas est différent. La garde, comprenant le droit d'hébergement de l'enfant, a été retirée à la mère et confiée au père, et ce après l'enlèvement ; le retour aurait donc eu pour effet contraignant que le père pouvait exiger la remise de l'enfant. Cette perspective était radicalement en opposition au *statu quo ante* tel qu'il est servi par la Convention. Cependant, il est difficile de trouver la juste ligne de conduite, étant donné que la compétence pour régler le droit de garde revient aux autorités du pays de départ, à titre définitif ou provisoire. Un facteur aggravant s'ajoute néanmoins : si l'ordonnance du 22 novembre 2012 devait se révéler exécutoire, il serait problématique d'y exposer l'enfant et sa mère, étant donné que la mère semble ne pas avoir été citée régulièrement dans la seule semaine disponible et qu'il manquait certainement le temps pour examiner le bien de l'enfant. L'arrêt ne permet pas de le confirmer, mais cela paraît vraisemblable. Cela semble expliquer par ailleurs l'absence de toute mention de la Convention de Luxembourg de 1980, dont l'art. 9 aurait permis d'ordonner le retour sans autre obstacle si la mère avait été citée régulièrement et en temps utile.

Le Tribunal fédéral renvoie le dossier à l'autorité cantonale afin qu'elle s'assure que l'enfant restera auprès de sa mère jusqu'au règlement du litige sur son attribution parentale (c. 5.2). Cette manière de procéder aurait déjà été retenue dans l'arrêt avec les Etats-Unis du 16 avril 2009 (5A\_105/2009, AJP 2010 p. 1180). Cela n'est

pas exact, mais le Tribunal fédéral ne veut plus rien savoir. Dans l'affaire citée, le Tribunal fédéral s'est occupé lui-même de clarifier certaines conditions du retour de la mère. L'urgence le requiert, comme cela fut dit dans cet arrêt (c. 3.9), eu égard à l'art. 2 de la Convention.

La tâche de l'autorité cantonale ne consiste pas simplement à vérifier si l'ordonnance française est exécutoire. Le Tribunal fédéral demande à ce qu'il soit vérifié auprès des autorités françaises que cette ordonnance ne soit pas appliquée et qu'elle ne soit pas remplacée par une autre de la même teneur. Il s'agira de s'assurer que la relation entre la mère et l'enfant soit stabilisée jusqu'au règlement final du litige sur l'autorité parentale. Le Tribunal fédéral est parfaitement apte à s'en charger lui-même comme il l'avait fait dans l'affaire avec les Etats-Unis. L'art. 10 LF-EEA, qui n'est pas cité dans l'arrêt, rend la coopération internationale obligatoire pour les juges, et cela notamment en liaison avec l'application de l'art. 5 LF-EEA (FF 2007 p. 2464). Le renvoi du dossier à l'autorité cantonale est une mesure exceptionnelle, car elle prolonge inutilement la procédure. Le risque est dès lors grand que le Tribunal fédéral, refusant de faire ce qui est de son devoir, se contente de pures spéculations sur le sort de l'enfant en cas de retour. Ainsi, dans un cas espagnol, il s'est borné à lancer qu'en cas de refus de la mère de retourner en Espagne, «*si dovranno pertanto emanare misure più precise in sede esecutiva*», sans dire comment cela doit être fait ni par quelle autorité (ATF 10.9.2012, 5A\_550/2012, c. 5.1).

Pour le cas où les garanties requises pouvaient être obtenues, il n'y a pas d'obstacle au retour de l'enfant, accompagné de sa mère. Celle-ci n'a pas à craindre le conflit avec le père, étant donné que ce retour ne signifie pas que l'enfant revienne vivre dans la demeure de son père ou dans son entourage (ATF 134 III 88 ss, 91). Le Tribunal fédéral trouve une autre explication : selon la Convention, un tel retour ne peut être ordonné que «*sur le territoire français*», respectivement le territoire de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement. C'est ce qui semble résulter de la simple lecture du texte de la Convention. Le Tribunal fédéral, hélas, ne s'interroge pas sur le sens de sa lecture et ses conséquences pratiques. Selon la Convention, comme la jurisprudence le répète inlassablement, le retour devrait se faire au «*statu quo ante*», ce qui implique le retour près du point de départ. Le Tribunal fédéral oublie ce principe, autorisant ainsi la mère à retourner n'importe où en France, en Normandie ou en Nouvelle-Calédonie. Dans la pratique, les difficultés pourront s'avérer insurmontables : que faire si le retour est ordonné dans un grand pays, «*aux Etats-Unis*», par exemple, et que la mère refuse de déterminer le lieu où elle devrait être forcée de se rendre avec son enfant ou, autre hypothèse, qu'elle déclare vouloir s'établir à Hawaï, alors que la famille vivait à New York ? Le Tribunal fédéral aurait pu y penser s'il avait tenu compte de l'art. 11 LF-EEA qui requiert du juge de compléter l'ordre de retour par toutes les mesures d'exécution requises. La désignation de la destination du voyage en fait nécessairement partie. De surcroît, le Tribunal fédéral ne parvient pas à respecter son propre principe : lorsque, par hypothèse, la mère refuse d'accompagner l'enfant au retour, la solution de remplacement consiste à remettre l'enfant au père (c. 5.3.2), une remise qui doit nécessairement avoir lieu à un endroit déterminé et elle aboutira

au retour dans la demeure du père. Le Tribunal fédéral ne voudra tout de même pas se contenter de placer l'enfant en limite de frontière, juste pour qu'il se trouve sur le territoire français ?

Il faut cependant saluer la contribution positive de cet arrêt dans une perspective que l'on voudrait espérer qu'elle se concrétise à l'avenir. En effet, l'on y trouve une proclamation claire que le risque d'un emprisonnement dans le pays d'origine a pour effet que l'on ne saurait exiger de la mère qu'elle y retourne avec l'enfant (c. 5.1.2). Il y est ajouté l'hypothèse que le ravisseur « a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage », suivant en cela le Message du Conseil fédéral (FF 2007 p. 2463). Ces éléments positifs vont ressortir plus fortement un jour. En attendant, hélas, la jurisprudence continue à avoir pour priorité de sanctionner les mères sans égard envers l'intérêt de l'enfant.

## **II. Enlèvement d'enfant de l'Italie vers la Suisse. Retour de la mère et du frère non confirmé. Procédure menée sans représentant de l'enfant, sans médiation, sans audition, sans aucune préparation du retour d'un enfant de 8 ans.**

*Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 16 janvier 2014 – 5A\_880/2013 – Sem.jud. 2014 I p. 285, AJP 2014 p. 565, obs. A. Bucher, FamPra.ch 2014 n° 20 p. 442, obs. J. Schweighauser et al.*

« A. – M. B.X. (1977) et Mme A.X. (1983), tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le 25 septembre 2008. De cette union est issu C., né en 2005. Mme A.X. est également la mère de D., né en 2003 d'une précédente relation. A partir du mois de janvier 2010, les époux X., qui exerçaient alors ensemble le droit de garde sur leur fils C., ont vécu à Y. (Italie), avec les deux enfants.

A.a. Le 7 novembre 2012, la mère s'est rendue à E. avec ses deux enfants, avec l'accord du père de C., pour y séjourner jusqu'à Noël de la même année; il était prévu qu'elle rentre ensuite au domicile familial en Italie. A E., la mère a vécu durant une semaine chez une amie, puis elle s'est installée chez ses parents. Elle a alors informé le père de C. de sa décision de s'établir durablement à E. avec ses deux enfants; celui-ci s'y est opposé.

A.b. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 novembre 2012, Mme A.X. a demandé au Tribunal de première instance du canton de Genève notamment l'attribution du droit de garde sur l'enfant C. Cette requête est actuellement pendante. Le Tribunal de première instance a également rejeté deux requêtes de mesures provisionnelles de la mère, tendant entre autres, à ce que le droit de garde exclusif sur son fils C. lui soit octroyé. Les deux enfants sont scolarisés à E. depuis le 7 janvier 2013.

A.c. Le 16 janvier 2013, l'Autorité centrale italienne au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international

d'enfants (CLaH80) a adressé à l'Office fédéral de la justice une requête de M. B.X. en vue du retour de l'enfant C. en Italie. Aucune médiation ou conciliation préalable au sens des art. 3 et 4 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA) n'a pu avoir lieu.

A.d. Le 3 juillet 2013, M. B.X. a saisi le Tribunal de Rimini (Italie) d'un «ricorso per separazione personale giudiziale con addebito di responsabilità» (requête en séparation avec attribution de responsabilité).

B. – Par demande du 25 juillet 2013, reçue au greffe de la Cour de justice du canton de Genève le lendemain, M. B.X. a requis, à titre provisionnel et au fond, le retour de l'enfant C. auprès de lui avant la rentrée scolaire du mois de septembre 2013. La mère a conclu au déboutement du père, exposant que le retour de l'enfant n'était pas dans l'intérêt de ce dernier. Lors de l'audience du 9 octobre 2013, les parties ont précisé qu'à leur connaissance, il n'existait pas de décision – en Suisse ou en Italie – attribuant la garde de l'enfant C. à l'un ou à l'autre de ses parents.

Statuant par décision du 31 octobre 2013, communiquée aux parties le 8 novembre 2013, la Cour de justice du canton de Genève a ordonné le retour immédiat de l'enfant C. auprès de son père en Italie.

C. – Par acte du 21 novembre 2013, Mme A.X. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision entreprise et à sa réforme en ce sens que la requête de retour de l'enfant C. en Italie est rejetée, subsidiairement à la condamnation de M. B.X. à tous les frais et dépens de la procédure de recours. Au préalable, la recourante requiert que l'effet suspensif soit octroyé à son recours, au titre de mesure provisionnelle.

D. – Par ordonnance du 22 novembre 2013, il a été ordonné qu'aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Invité à déposer des observations, l'intimé a, par lettre du 2 décembre 2013, exposé qu'il concluait au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours et a requis, en cas d'octroi de l'effet suspensif sollicité, un délai pour déposer une argumentation au fond. L'autorité cantonale s'en est remise à la justice quant à la requête d'effet suspensif et ne s'est pas prononcée sur le fond du recours. Le 18 décembre 2013, sur invitation de la Cour de céans, le père a confirmé conclure au rejet du recours et a développé son argumentation.

E. – Par ordonnance du 19 décembre 2013, le Président de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil a admis la requête d'effet suspensif.

F. – Le 16 janvier 2014, le Tribunal fédéral a délibéré sur le recours en séance publique. »

### **Extrait des considérants :**

« 3. Le recours a pour objet le retour de l'enfant commun des parties en Italie, au regard des dispositions de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 octobre 1980 (CLaH80).



La Cour de justice a d'abord retenu que l'enfant, qui avait sa résidence habituelle en Italie avant son déplacement en Suisse, était sous l'autorité parentale de ses père et mère en vertu de l'art. 316 al. 1 et 2 du Code civil italien. La cour cantonale en a conclu que le non-retour de l'enfant, sans l'accord du père, violait le droit de celui-ci à exercer l'autorité parentale sur son enfant, dès lors que le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80, singulièrement le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant était un attribut de l'autorité parentale, régie en l'occurrence par le droit italien.

L'autorité précédente a ensuite rappelé que le retour immédiat de l'enfant – requis dans le délai conventionnel (art. 12 al. 1 CLaH80) – devait, en principe, être ordonné. Examinant la question d'une exception au retour de l'enfant (art. 13 al. 1 let. b CLaH80), soulevée par la mère, la Cour de justice a estimé qu'il n'était « en tout cas pas manifeste que le placement auprès du requérant ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant », la mère ayant déclaré devant cette autorité que son époux était un bon père. La cour cantonale a par ailleurs constaté que, en dépit du fait que la mère ait indiqué qu'en Italie, la famille vivait dans un mobile home et que le père s'absentait du logement familial environ quatre mois par an pour son travail, celle-ci n'avait pas établi qu'en retournant dans ce pays, l'enfant serait exposé à un risque grave d'un danger physique ou psychique ou qu'il serait placé dans une situation intolérable. Quant à la séparation de la fratrie objectée par la mère, la Cour de justice a observé que le retour de l'enfant n'avait pas nécessairement pour corollaire une rupture des liens de l'enfant avec son frère aîné, dès lors que la mère n'avait pas établi d'éléments empêchant impérativement son propre retour en Italie, ni celui de son fils aîné. La cour cantonale a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire exception au principe du retour de l'enfant.

4. L'Italie et la Suisse ont toutes deux ratifié la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (CLaH80, RS 0.211.230.02). A teneur de l'art. 4 de la CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite au sens de la Convention, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 al. 1 let. a CLaH80).

En l'espèce, il est admis par les parties qu'elles exerçaient ensemble le droit de garde sur leur enfant C. avant que la recourante ne quitte le domicile familial en Italie avec ses deux enfants et décide de demeurer en Suisse, en sorte que les dispositions de la présente convention sont applicables au cas d'espèce. La recourante ne conteste d'ailleurs pas le déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH80. Elle soutient en revanche que l'exception au retour de l'enfant en Italie prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est réalisée.

5. La recourante soulève les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 LF-EEA, et reproche à l'autorité précédente d'avoir versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de ces mêmes dispositions, exposant que la cour cantonale

a méconnu les éléments déterminants qui s'appliquent à chaque décision prise sur la base de la Convention, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La recourante fait valoir que, dans l'esprit de la Convention, le juge ne doit pas se borner à examiner si les conditions de vie en cas de retour de l'enfant dans le pays de provenance l'exposeraient à un danger physique ou psychique, mais également si un tel retour est tolérable au vu de son intégration dans le pays de destination. Elle expose à cet égard que son fils est bien intégré en Suisse, pays où il est né, où il a vécu les premières années de sa vie, et où sa famille – singulièrement son demi-frère, d'avec lequel il n'a jamais été séparé – et ses amis résident. La recourante relève en outre qu'elle s'est toujours principalement occupée des enfants, en sorte qu'elle entretient une relation plus étroite avec l'enfant que le père, partant, qu'elle est la référence affective de l'enfant. Il s'ensuit, toujours selon la recourante, qu'une séparation d'avec elle est hautement susceptible de menacer l'enfant dans son développement tant psychique que social, et que la séparation de la fratrie est un résultat choquant du point de vue de l'intérêt de l'enfant.

S'agissant de la question de son propre retour en Italie en compagnie de l'enfant, la recourante expose qu'elle a décidé de quitter ce pays parce que la situation familiale y était devenue « insupportable et malsaine », alors qu'elle dispose en Suisse du soutien psychologique de ses proches et de l'appui financier de ses parents. Elle explique qu'elle ne peut garantir une existence décente à « sa progéniture dans un pays qui n'est pas le sien », parce qu'elle ne serait pas en mesure de trouver un emploi en Italie et n'a aucun réseau de relations sociales, de sorte que la contraindre à s'installer avec ses fils en Italie sous peine de perdre son enfant cadet et de séparer la fratrie est une solution insoutenable.

La recourante reproche enfin à la Cour de justice de ne pas avoir examiné l'impact qu'un double retour pourrait avoir sur son fils. Elle relève que le droit italien est similaire au droit suisse en ce qui concerne l'attribution du droit de garde de l'enfant dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, en sorte qu'il ne fait aucun doute que le père « n'a pas la moindre chance d'obtenir la garde de son fils ». Selon elle, la solution de la cour cantonale aurait pour conséquence que l'enfant retournerait en Italie pour attendre l'issue du règlement du droit de garde pour ensuite repartir en Suisse et ne servirait donc qu'à protéger le droit du père, ce qui serait inutile, dès lors qu'elle n'a pas entravé les relations personnelles entre le père et son fils.

5.1. – 5.1.1. En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a et 12 al. 1 CLaH80). Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est, par exception, pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive; dans le contexte du rapatriement d'un enfant déplacé illicitement, aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'État requis, cette question demeurant de la compétence des

juges du pays de provenance de l'enfant, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (art. 16 et 19 CLaH80; arrêts 5A\_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2 et les références). Cette interprétation a été confirmée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt du 26 novembre 2013 dans l'affaire X. contre Lettonie (n° 27853/09). Dans ce jugement, la Grande Chambre a reconnu que, contrairement à ce qui avait été retenu dans son arrêt Neulinger contre Suisse (n° 41615/07), il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Dans l'arrêt précité du 26 novembre 2013 X. contre Lettonie, la Grande Chambre a donc retenu que, « dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce» (arrêt n° 27853/09 § 107 p. 30).

Lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le tribunal doit en outre veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé (arrêt 5A\_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5). Il résulte de ce qui précède que seuls des risques graves de mise en danger de l'enfant doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêts 5A\_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2).

5.1.2. L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (arrêt 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2 avec la référence). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (let. a) ou lorsque le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui (let. b) (arrêts 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2; 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (arrêts 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2). Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale

de la clause prévue dans la convention (arrêt 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.1.2, avec la référence). Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3).

Si le placement de l'enfant auprès du parent requérant ne correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l'enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu'on peut l'exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour; à défaut, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2; arrêt 5A\_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 *in fine*, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791). Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151).

5.2. En l'espèce, la recourante reconnaît que le père de l'enfant est apte à prendre soin de celui-là, partant qu'il n'existe aucun danger ni physique ni psychique pour le développement de l'enfant s'il se trouve sous la garde de son père, mais critique la séparation d'avec elle et le demi-frère que le retour de l'enfant provoquerait, créant, selon elle, une situation intolérable. Or, la séparation entre l'enfant et sa personne de «référence affective» ne constitue pas un «risque grave» pour l'enfant au sens de la Convention, partant, une cause suffisante d'exception au retour dans le pays de provenance. La recourante n'établit à tout le moins pas que le développement de son fils serait compromis, *a fortiori* de manière intolérable, en cas de séparation d'avec elle. Quant à la séparation avec le demi-frère, l'argument est mal fondé, dès lors qu'il relève de la question au fond sur le droit de garde, la Convention n'ayant pour but que d'ordonner le retour de l'enfant pour la durée de la procédure interne dans le cadre de laquelle il doit être statué sur l'attribution du droit de garde. Il en va de même des considérations de la recourante au sujet des chances que le père aurait d'obtenir la garde de l'enfant à l'issue de la procédure d'attribution du droit de garde, au regard du droit italien, et d'un éventuel double retour que cela impliquerait en cas d'octroi de la garde à celle-ci, puisque ces motifs invoqués reviennent à procéder à un examen sur le fond de la question sur le droit de garde.

Par ailleurs, ainsi que l'a relevé l'autorité précédente, le retour de la recourante en Italie le temps qu'une décision sur l'attribution du droit de garde soit prise ne peut être considéré comme un motif d'exception au rapatriement de l'enfant, celle-ci n'ayant pas démontré que le retour dans ce pays serait intolérable pour elle. En effet, ses liens sociaux en Suisse, singulièrement ses parents et ses amis, ne sont pas postérieurs à son retour dans ce pays dans lequel elle a grandi et a vécu jusqu'à son départ en Italie en 2010. La recourante n'a pas non plus établi se trouver dans l'impossibilité de trouver un emploi en Italie – élément qu'elle a uniquement supposé –, pas plus qu'elle n'a démontré qu'elle cesserait d'être soutenue financièrement par ses parents en cas de retour dans ce pays. Au demeurant, il ne s'agit pas, comme l'a affirmé la recourante, d'une obligation de s'installer dans ce pays pour y élever ses enfants, mais uniquement d'un retour le temps qu'une décision sur le droit de garde soit prise. De surcroît, le retour est ordonné sur le territoire italien, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A\_637/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 5.3.1; 5A\_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1), ce qui ne l'oblige nullement à s'installer à nouveau avec le père de l'enfant dans l'ex-domicile familial, dans des conditions de vie qu'elle allègue ne plus pouvoir accepter.

En définitive, la recourante se borne à présenter sa propre appréciation globale de la cause, en méconnaissance du système de la CLaH80, et ne fait ainsi valoir aucune «allégation défendable de 'risque grave' pour l'enfant en cas de retour». Autant qu'ils sont suffisamment motivés (art. 106 al. 2 LF, cf. *supra* consid. 2), les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80, 5 LF-EEA et d'arbitraire (art. 9 Cst.) sont par conséquent infondés.

6. – Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour de l'enfant en Italie ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 15 février 2014 au plus tard. Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral et les conseils des parties seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêts 5A\_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A\_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1).

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :*

1. – Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. – Ordre est donné à la recourante d'assurer le retour de l'enfant C. en Italie d'ici au 15 février 2014 au plus tard, ou de laisser l'intimé l'y emmener. ... »

## **Observations :**

La jurisprudence n'évolue pas toujours en ligne droite. Il a fallu du temps pour voir le Tribunal fédéral tenir compte de la LF-EEA et d'appliquer quelques dispositions, tout en ignorant d'autres. Tout ce qui ne plaît pas aux Juges fédéraux, tels la médiation, le représentant de l'enfant, la collaboration avec les autorités étrangères, n'a été évoqué que marginalement lorsque le conseil d'une partie a mis le doigt sur

les règles applicables. L'intérêt de l'enfant a eu la vie dure. On a tout de même vu percer l'avis que l'on ne doit pas séparer une mère de son enfant jusqu'à l'âge de deux ans (cf. l'arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2013, supra, c. 5.1.2, et les références). Pour le Tribunal fédéral, c'était un progrès significatif, étant donné qu'en 2009 encore, on a pu lire l'avis que l'on pourrait amener la mère à arrêter d'allaiter son enfant (ATF 16.11.2009, 5A\_105/2009, c. 3.4, AJP/PJA 2010 p. 1180).

Ce nouvel arrêt s'annonce comme un coup de tonnerre. Il a été rendu à la majorité de 3:2 des Juges, c'est-à-dire par l'aile dure de la II<sup>e</sup> Cour civile, dont l'identité est révélée uniquement sur le site du Tribunal fédéral, conformément aux exigences de transparence auxquelles la Haute Cour n'a pas pu résister.

Le Tribunal fédéral a estimé que le moment était venu pour se positionner à nouveau par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et pour relever une nouvelle fois à quel point il n'a pas supporté la sanction subie dans l'affaire *Neulinger*. L'occasion pour ce faire était fournie par l'arrêt rendu le 26 novembre 2013 dans l'affaire *X. c. Lettonie* (n° 27853/09), dont le Tribunal fédéral croit pouvoir annoncer avec une satisfaction non dissimulée qu'il aurait corrigé l'arrêt *Neulinger* du 6 juillet 2010. Le Tribunal fédéral présente alors plusieurs éléments au sujet desquels la Cour de Strasbourg aurait changé d'avis et « confirmé » la jurisprudence fédérale. Sur cette liste, un facteur est commun: tout est faux. L'arrêt *Lettonie* aurait partagé l'avis du Tribunal fédéral que le ravisseur ne saurait tirer un avantage de son comportement illicite: l'arrêt de Strasbourg n'en dit pas un mot et le Tribunal fédéral ne fournit aucune référence. Il n'aurait plus lieu « de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause », car il suffit « que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce ». De cet examen « succinct », l'arrêt de Strasbourg n'en dit mot et le Tribunal fédéral n'ajoute aucune citation. Le seul passage qui est cité est le paragraphe 107 de l'arrêt qui, cependant, ne soutient pas la position du Tribunal fédéral, puisqu'il y est dit que « les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de 'risque grave' pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce ». Peu importe, car il s'agit de créer l'impression, par une sorte de démagogie jurisprudentielle, que la Cour européenne aurait changé de position par rapport à son arrêt *Neulinger*, même si rien ne permet de le démontrer. Les juges cantonaux vont se montrer impressionnés, ce d'autant que rares seront ceux qui se donneront la peine de lire l'arrêt *Lettonie*.

On peut mentionner toutefois un passage (§ 104) dans lequel la Cour clarifie un point du raisonnement de l'arrêt *Neulinger*. S'il était dit, dans ce dernier arrêt, qu'il y avait lieu d'examiner toute la situation familiale, cela ne changeait rien au cadre restreint de l'analyse commandée par la Convention de La Haye, étant rappelé de surcroît que cet examen devait se conformer à l'art. 8 CEDH. La Cour voulait ainsi simplement mettre mieux en lumière ce qu'elle avait dit, sans y déroger (§ 105).

Cela ne fournit aucune base au Tribunal fédéral pour affirmer que la Cour aurait voulu «relativiser» son arrêt *Neulinger* (comme le suggère aussi l'ATF 2.12.2013, 5A\_799/2013, c. 5.5, et l'ATF 28.4.2014, 5A\_246/2014, c. 3.1). L'arrêt *Lettonie* ne fait d'ailleurs aucune allusion à ce que la jurisprudence rendue sur le fondement de l'arrêt *Neulinger* aurait été désavouée (cf. *Sneersone und Campanella*, 12.7.2011, n° 14737/09, § 85; R. c. Estonie, 15.5.2012, n° 13420/12, § 37; B. c. Belgique, 10.7.2012, n° 4320/11, § 56–65; Anghel, 25.6.2013, n° 5968/09, § 79 s.). On n'a pas voulu comprendre ce que le Juge Pinto de Albuquerque expliquait sans détour : «l'arrêt *Neulinger* et *Shuruk* est sain et sauf».

Si le Tribunal fédéral avait suivi ce qu'il déclare être le nouveau modèle pour la jurisprudence, il aurait dû respecter, notamment, que «l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la principale considération» (§ 95), que le processus décisionnel «doit être équitable» et permettre aux intéressés «de faire valoir pleinement leurs droits, et ce dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant» (§ 102), que «les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce» (§ 107), et que «les juges doivent s'assurer que les garanties adéquates sont assurées de manière convaincante» dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et qu'en cas de risque avéré, «des mesures de protection concrète y sont prises» (§ 108). Or, l'arrêt du Tribunal fédéral ne s'inspire que d'une partie dérisoire de ces préceptes. L'arrêt *Lettonie* est salué pour critiquer une nouvelle fois l'arrêt *Neulinger*, mais il n'est tenu compte ni de l'un ni de l'autre.

Il est vrai que la mention du bien-être de l'enfant n'est pas totalement absente, mais elle n'y figure que «lorsque le retour de l'enfant est envisagé» (c. 5.1.1). Ainsi que les références citées le confirment, cela concerne exclusivement l'aménagement du retour et non la décision sur celui-ci. Que l'intérêt de l'enfant puisse jouer un rôle dans l'appréciation du risque d'une situation grave lors du retour de l'enfant – le Tribunal fédéral ne veut rien en savoir, sous prétexte que cela concernerait le fond du droit de garde, réservé au juge lorsque le retour aurait été effectué. On ne songe pas un instant à ce que la défaillance dans l'éducation de la part du parent requérant le retour pourrait être la cause d'un danger pour l'enfant, notamment dans des situations de violence domestique ou de négligence grave. La Convention de La Haye entend assurer le renvoi des enfants enlevés, certes, mais elle entend également protéger les enfants qui risquent d'être exposés dans leur pays d'origine à des situations intolérables.

A la présentation de l'art. 5 LF-EEA, l'arrêt ajoute que l'intérêt du ravisseur était sans pertinence, ce qui signifie que la séparation de celui-ci d'avec son enfant doit être possible et ne constitue pas un motif pour renoncer au retour de celui-ci. Le raisonnement est trop court, incompatible avec la disposition citée et la Convention, étant donné que le fait de ne pas être accompagné lors du retour produit un effet direct et le cas échéant désastreux sur le bien-être de l'enfant. Or, ce bien-être, le Tribunal fédéral non seulement n'en tient pas compte, mais en plus, il ne le mentionne même pas. Il est implicitement écarté au motif que le ravisseur n'avait pas

de titre pour invoquer le danger pour l'enfant alors qu'il en constituerait la cause. Le Tribunal fédéral garde sous silence que l'argument ne pourrait évidemment pas être opposé à l'enfant lui-même, ce qui devait lui sembler relativement facile en l'espèce, puisque l'on n'a pas voulu pourvoir l'enfant d'un représentant comme c'est son droit. De plus, l'argument est vide de sens puisqu'il existe des arrêts qui tiennent néanmoins compte de la situation de la mère, tel celui reproduit *supra*, qui mentionne le risque d'emprisonnement et les liens sociaux avec le pays de refuge, notamment dans l'hypothèse d'un remariage.

Lorsqu'il en vient à examiner la situation concrète, l'arrêt se lance dans une énumération de tout ce que la mère allègue sans le démontrer. Elle aurait admis que le père était apte à exercer la garde sur l'enfant (c. 5.2), mais il n'est pas mentionné qu'elle avait également expliqué que la vie familiale en Italie était devenue insupportable et, surtout, que l'enfant souffrirait gravement d'une séparation d'avec sa mère et son demi-frère (c. 5). Les relations sociales avec la Suisse seraient sans importance, étant donné qu'elles datent toutes d'avant l'enlèvement en 2010 (c. 5.2). Ce critère de délimitation est inexplicé et incompréhensible. Pourquoi des causes récentes, telles la maladie grave d'un parent ou un remariage, ne pourraient pas être prises en compte ? On reproche aussi à la mère de ne pas avoir démontré qu'elle ne trouverait pas un emploi en Italie (c. 5.2). Une preuve négative impossible à rapporter, comme tout le monde le sait ; l'arrêt ne facilite pas la compréhension puisque la mention de la profession de la mère (qui fait partie de l'état de fait) a été omise. La mère aurait omis de démontrer que ses parents cesseraient leur contribution financière en cas de retour en Italie (c. 5.2) ; l'arrêt ne présente pas les faits permettant de juger de la pertinence de l'argument.

L'argument que l'enfant se trouvera en danger s'il devait retourner seul est balayé au motif que la séparation d'avec sa mère n'était pas un risque grave au sens de la Convention et que, si l'on devait en tenir compte, la mère ne l'avait pas démontré concrètement. Pour un enfant de huit ans, le danger d'une telle séparation d'avec sa principale personne de référence et son frère semble compter parmi les faits « notoire », ou du moins constitutifs d'une situation qui appelle un examen approfondi. C'est à ce point du raisonnement que le manque de respect des juges pour l'enfant devient le plus choquant. Ce que l'enfant va devenir ne mérite aucune mention. Qu'après avoir été scolarisé pendant une année à Genève, l'enfant doit en être retiré pendant l'année en cours – cela ne mérite pas non plus d'être noté. Que l'enfant sera attristé de devoir se séparer de son demi-frère aîné qui lui est proche – cela serait même faux car touchant au fond de l'attribution de la garde, alors que cela deviendra évidemment un fait bien réel dès le retour de l'enfant seul en Italie. Que le principe qu'il faut éviter la séparation des frères et sœurs soit largement reconnu – aucune raison d'y penser. L'hypocrisie du recours au modèle de l'arrêt *Lettonie* n'en devient que plus évidente.

L'arrêt rapporte que le père vit dans un mobil home dans lequel l'enfant est censé retourner. Il relève également qu'il doit s'absenter pour des motifs professionnels pendant quatre mois de l'année (c. 3). Pour le Tribunal fédéral, cela ne mérite aucune réflexion. Il devait pourtant tenir compte d'une situation où la mère allait



rester à Genève avec son fils aîné. Le Tribunal fédéral ne s'y intéresse pas, mais il montre qu'il tient compte de cette hypothèse, étant donné qu'elle est envisagée dans le dispositif de l'arrêt (préconisant qu'alors, le père vienne chercher l'enfant à Genève). Pas un mot qui ne fasse songer à la situation de l'enfant lorsque son père devra partir en voyage, pour un tiers de l'année. Qu'en sera-t-il de sa scolarité? Qui veillera sur lui? Pour la Haute Cour du pays, ce sont des questions qui ne méritent même pas d'être posées.

Sur ce fond de pensées, nul doute que le respect du droit n'est pas mieux assuré. L'enfant est laissé sans représentant, alors que la loi l'exige obligatoirement (art. 9 al. 3 LF-EEA) et que le Tribunal fédéral a déjà montré qu'il est parfaitement en mesure d'y pourvoir (ATF 20.9.2012, 5A\_537/2012, c. 1). Il est vrai que la négligence est tout autant du côté de l'Autorité centrale fédérale qui avait pour obligation de requérir une telle mesure et qui disposait de six mois pour ce faire. Mais on sait que l'Autorité refuse de respecter la loi sur ce point, comme sur quelques autres. Elle l'a dit sans sourciller dans la réponse à l'interpellation Thanei (n° 10.4017) et dans les explications d'une collaboratrice (Anna Claude Alfieri, Enlèvement international d'enfants: premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 2012, p. 550–569, 561). La volonté du Parlement était pourtant très ferme (BO CN 2007, p. 1639, 1641), mais pas assez pour surmonter la résistance de fonctionnaires opérant dans un service que l'on dit voué à la «protection internationale de l'enfant». Dans ces conditions, on ne s'étonne pas de lire qu'aucune médiation n'a eu lieu (partie A.c.). Cela doit s'expliquer par le fait que les parents (ou l'un d'eux) n'ont pas voulu s'y présenter volontairement. Aucun effort supplémentaire n'est fait; l'administration fédérale exige en plus la couverture préalable des frais, sur ce point également en violation de la loi (art. 14 LF-EEA, sachant que l'Italie n'a pas fait la réserve de l'art. 26 de la Convention). L'Autorité fédérale pourrait même participer à la procédure cantonale et veiller au respect des droits de l'enfant, ainsi que l'a signalé le Conseil fédéral, en référence à l'art. 111 al. 2 LTF (FF 2007 p. 2466); hélas, c'est trop demander. L'Autorité fédérale aurait pu exiger que l'enfant soit entendu (art. 9 al. 2 LF-EEA). Une telle audition ne semble pas avoir été organisée; le Tribunal fédéral n'en parle même pas. Elle aurait pu donner l'occasion de mieux comprendre la situation de l'enfant et son appréhension face au retour en Italie sans sa mère et son frère et d'une vie dans un mobil home dont le père s'absente pour un tiers du temps. Cela n'intéresse pas les juges, qui se contentent de critiquer la mère pour ne pas avoir apporté la preuve que cela pourrait poser un problème d'une certaine gravité.

Aucun intérêt n'est porté au déroulement de la procédure italienne sur l'attribution de la garde à la suite de la séparation des parents. Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a tout de même jugé envisageable de suspendre la cause pour une période courte si l'arrêt au fond devait être rendu à brève échéance (ATF 2.12.2013, 5A\_799/2013, c. 5.6). En l'espèce, on ne sait pas ce qui en est. On aurait tout de même pu s'y intéresser. Car quel est l'intérêt du renvoi d'un enfant seul en Italie, dans des conditions de vie pour le moins difficiles, si l'on peut s'attendre à une décision italienne qui pourrait, le cas échéant, éviter à l'enfant un double retour?

On aurait aussi pu solliciter du juge italien un ordre provisoire permettant à l'enfant d'attendre la décision définitive en Suisse ; dans un tel cas, la jurisprudence accepte qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'enfant (ATF 19.12.2013, 5A\_884/2013, c. 4.2.2.2). On ne peut pas en juger en l'espèce, faute d'éléments suffisants. Mais on doit relever la défaillance des Juges (et de l'Autorité centrale) de n'avoir rien tenté, alors que l'art. 10 LF-EEA leur rend la collaboration internationale obligatoire. Le Tribunal fédéral n'en veut pas, ignorant systématiquement toute idée de se servir de l'art. 10 LF-EEA. C'est comme s'il était au-dessus de la loi. On aurait pu solliciter l'aide des «juges de liaison», nommés par le Tribunal fédéral (Marie-Pierre de Montmollin, Neuenburg, et Daniel Bähler, Berne), pour nouer des contacts. Il n'en est pas fait mention. L'arrêt relève toutefois, comme pour consoler la mère, qu'il ne s'agirait pour elle «uniquement d'un retour le temps qu'une décision sur le droit de garde soit prise», ce qui relève de la simple spéculation si l'on se rappelle le caractère expéditif des juridictions italiennes. On explique également à la mère qu'elle pourrait s'établir n'importe où en Italie. Après avoir vécu à Rimini, elle pourrait donc s'établir à Aoste, pour garder le contact avec sa famille à Genève ? Quel est le sens d'un tel retour ?

S'il fallait terminer l'arrêt par une touche de respect pour la loi, il aurait fallu assortir le dispositif de mesures d'exécution (art. 11 al. 1 LF-EEA). Il n'en est rien. Il est simplement énoncé qu'au cas où la mère ne revient pas avec l'enfant, celui-ci pourra être cherché par le père à Genève. Ne pouvant employer la contrainte, la situation aurait été sans issue s'il devait se heurter au refus de la mère. L'autorité genevoise d'exécution ne disposerait d'aucune décision exécutoire. Il aurait fallu engager devant elle une nouvelle procédure, ce que le législateur voulait précisément éviter (FF 2007 p. 2468).

L'arrêt compte parmi les plus déplorables d'une longue série d'arrêts choquants et préjudiciables aux enfants. Il figure en tête d'une interpellation parlementaire du 5 juin 2014 (n° 14.3415, Yvonne Feri) qui demande au Conseil fédéral si l'Office fédéral de la justice peut contribuer «à ce que les instances judiciaires prêtent suffisamment attention à la loi» – ce qui est normalement – on en convient – la tâche du Tribunal fédéral. Au-delà de l'ignorance de l'intérêt de l'enfant et de la méconnaissance de plusieurs règles fondamentales de procédure, on doit, au niveau politique, être également attentif au mépris porté à la jurisprudence internationale. Après avoir reçu l'arrêt *Neulinger*, le Tribunal a dépêché une délégation de trois de ses membres pour porter des critiques devant la Cour de Strasbourg (cf. RSDIE 2012 p. 329) et se couvrir de ridicule. Dans le présent arrêt, il s'élançait dans une lecture complètement tronquée de l'arrêt *Lettonie*, pour ensuite ne pas l'appliquer. Aucune attention n'est portée au point cardinal de cette jurisprudence, qui exige qu'eu égard à l'art. 8 CEDH et à la Convention sur les droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale. Le Tribunal fédéral fait comme si cela n'avait jamais été dit, alors qu'il déclare par ailleurs, par une autre Cour, sa volonté de respecter la jurisprudence de la Cour européenne (ATF 139 I 16 ss, 30 s.). Comment va-t-il ainsi se positionner comme la Haute Cour du pays, respectant les engagements de droit international liant la Suisse ? La II<sup>e</sup> Cour civile n'est

pas la seule à souffrir d'un tel décalage. N'a-t-on pas lu récemment la II<sup>e</sup> Cour de droit public développer une longue diatribe défendant son arrêt dans l'affaire *Udeh*, comme s'il s'agissait de remonter le temps et de démontrer qu'à Lausanne, on est mieux qu'à Strasbourg – et tout cela publié au Recueil officiel (ATF 139 I 325 ss)? N'aurait-il pas fallu montrer un peu de grandeur et passer l'éponge, plutôt que de montrer ce côté «petit Suisse»? Comment peut-on se sentir impressionné par une jurisprudence de la I<sup>re</sup> Cour de droit civil qui persiste à utiliser la notion de *pacta sunt servanda*, en matière d'arbitrage, dans un sens réduit à presque rien, jamais vérifié dans aucun cas depuis 25 ans, et qui n'a rien à voir avec le concept tel que consacré universellement à l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités? Faut-il alors s'étonner que le Gouvernement suisse n'ait pas jugé opportun de faire accéder le Tribunal fédéral sur la scène internationale en tant qu'autorité chargée de contribuer au contrôle de l'application du droit bilatéral avec l'Union européenne? Cette option a été écartée au profit des «juges étrangers» de la Cour de justice de Luxembourg. Le Tribunal fédéral n'a pas fait le poids. C'est regrettable pour lui et pour le pays.

### **III. Succession – Epoux brésiliens – Domicile commun en Suisse au moment de la conclusion d'un pacte successoral soumis au droit suisse – Décès de l'époux en France – Epouse décédée au Brésil et ayant laissé plusieurs testaments – Interdiction des pactes successoraux en droit brésilien**

*Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 29 mai 2012, 5A\_473/2011 – ATF 138 III 489*

«2.3 Streitig und zu prüfen ist, welchem Recht der Erbvertrag der Ehegatten untersteht. Weil die Schweiz das Haager Übereinkommen vom 1. August 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht (Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort) lediglich unterzeichnet, aber nicht ratifiziert hat, und weil zur vorliegenden Frage zwischen der Schweiz und Brasilien keine völkerrechtlichen Verträge bestehen, beurteilt sich das anzuwendende Recht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Die kantonalen Gerichte haben schweizerisches Erbrecht für anwendbar erklärt (E. III/2 S. 7 f. des angefochtenen Entscheids). Die Beschwerdeführer machen geltend, anwendbar sei nicht schweizerisches, sondern brasilianisches Recht. Danach bestehe ein absolutes Erbvertragsverbot, so dass die von der Erblasserin am 20. April 2005 in São Paolo errichtete letztwillige Verfügung gültig sei und sie gestützt darauf als Alleinerben zu gelten hätten (S. 10 ff. Ziff. III/A der Beschwerdeschrift).

3. Im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags am 11. November 1992 hatten die Erblasserin und ihr Ehemann den Wohnsitz in der Schweiz. Am 19. November

2005 starb die Erblasserin mit letztem Wohnsitz in Brasilien. Aus den Wohnsverhältnissen schliessen die Beschwerdeführer, nach Art. 95 IPRG sei zwar schweizerisches Recht anwendbar, doch werde diese Ausnahmebestimmung aufgrund der getrennten Zuständigkeit der für den Nachlass zuständigen Gerichte (Art. 88 IPRG) durch Art. 91 Abs. 1 IPRG verdrängt, so dass brasilianisches Recht anzuwenden sei (S. 11 ff. Rz. 21–27 der Beschwerdeschrift).

3.1 Das auf «Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen» (Marginalie) anwendbare Recht wird in Art. 95 IPRG geregelt. Der Erbvertrag untersteht danach dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses (Abs. 1). Unterstellt ein Erblasser im Vertrag den ganzen Nachlass seinem Heimatrecht, so tritt dieses an die Stelle des Wohnsitzrechts (Abs. 2). Gegenseitige Verfügungen von Todes wegen müssen dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen (Abs. 3). Vorbehalten bleiben in Abs. 4 die Bestimmungen über die Form und die Verfügungsfähigkeit (Art. 93 und 94 IPRG).

3.2 Gemäss Art. 95 IPRG besteht keine freie, sondern eine nur beschränkte Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers (Abs. 2) bzw. des gemeinsamen Heimatrechts der Verfügenden (Abs. 3). Die weitergehende Regelung in Ziff. III des Erbvertrags zwischen der Erblasserin und ihrem Ehemann, wonach auf den Nachlass beider Ehegatten Schweizer Recht zur Anwendung kommen soll, hat deshalb keine Bedeutung und kann lediglich als Bestätigung dafür verstanden werden, dass die Verfügenden nicht die Anwendung des brasilianischen Rechts als ihr gemeinsames Heimatrecht vereinbart haben. Ob schweizerisches Recht anwendbar ist, beurteilt sich somit allein nach dem «Recht am Wohnsitz» bzw. dem «Wohnsitzrecht» im Sinne von Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG.

3.3 Massgebend für den Erbvertrag ist das Recht am Wohnsitz des Erblassers bzw. der Verfügenden zur Zeit des Vertragsabschlusses.

3.3.1 Die Regelung in Art. 95 IPRG weicht mit Bezug auf den Anknüpfungszeitpunkt vom Erbstatut ab, das sich grundsätzlich nach dem letzten Wohnsitz, d.h. nach dem Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes einer Person richtet (Art. 90 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 1 IPRG). Die Abweichung ist bewusst erfolgt. Aus Gründen der Verkehrssicherheit und im Interesse der Aufrechterhaltung der im Vertrag getroffenen Anordnungen soll ein späterer Wohnsitzwechsel ohne Einfluss auf die Rechtsanwendung bleiben (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 S. 391 Ziff. 264.1).

3.3.2 Die gesetzgeberische Absicht kommt zwar nur im Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 IPRG («am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses») unzweideutig zum Ausdruck, ist jedoch auch im Fall von Art. 95 Abs. 3 IPRG zu beachten. Das Gesetz unterscheidet in Abs. 1 den Erbvertrag, in dem bloss eine Partei als Erblasser auftritt («des Erblassers»), und in Abs. 3 den Erbvertrag, der gegenseitige Verfügungen von Todes wegen enthält und damit mehrere Erblasser umfasst («jedes Verfügenden»; vgl. Botschaft, a.a.O., S. 392). Die Unterscheidung ändert indessen nichts an den in beiden Fällen gleichermassen bestehenden Bindungswirkungen des Erbvertrags, die durch den Wohnsitzwechsel des Erblassers

oder auch nur eines der Verfügenden nicht hinfällig werden dürfen. Dass sich das anzuwendende Recht sowohl beim einseitigen Erbvertrag als auch beim zwei- oder mehrseitigen Erbvertrag nach dem Wohnsitz des bzw. jedes Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses richtet, ist in der Lehre – soweit sie sich dazu äussert – anerkannt (vgl. *Gerardo Broggin*, *Aspetti del nuovo diritto internazionale privato svizzero. Diritto matrimoniale e diritto successorio*, in: *Repertorio di giurisprudenza patria*, Rep 121/1988 S. 191 ff., S. 212; *Heini*, *Zürcher Kommentar*, 2004, N 3 und N 9, *Dutoit*, *Droit international privé suisse*, 4. Aufl. 2005, N 4, und *Schnyder/Liatowitsch*, *Basler Kommentar*, 2007, N 1 und N 7, je zu Art. 95 IPRG).

3.3.3 Im Zeitpunkt des Abschlusses ihres Erbvertrags hatten die Erblasserin und ihr Ehemann einen gemeinsamen Wohnsitz in der Schweiz, so dass gemäss Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG das schweizerische Recht anzuwenden ist.

3.4 Die gegenteilige Ansicht, die die Beschwerdeführer auf die von ihnen eingeholten Rechtsgutachten stützen, kann nicht geteilt werden. Sie weisen allerdings zutreffend darauf hin, dass hier die schweizerischen Gerichte gemäss Art. 88 Abs. 1 IPRG deshalb zuständig sind, weil die Erblasserin eine Brasilianerin mit letztem Wohnsitz in Brasilien war und weil die brasilianischen Behörden sich mit dem im Ausland – hier: in der Schweiz und in Frankreich – gelegenen Nachlassvermögen nicht befassen. Richtig ist auch, dass sich in diesem Fall einer Nachlassspaltung nach verschiedenen Lehrmeinungen das anwendbare Recht grundsätzlich nach Art. 91 Abs. 1 IPRG bestimmen soll, um dadurch – soweit als möglich – eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen (vgl. *Heini*, a.a.O., N 10, und *Schnyder/Liatowitsch*, a.a.O., N 7, je zu Art. 88 IPRG). Gegenüber dem Grundsatz in Art. 90 und Art. 91 IPRG («Letzter Wohnsitz») bleiben jedoch die Sonderanknüpfungen für die Form letztwilliger Verfügungen (Art. 93 IPRG), für die Verfügungsfähigkeit (Art. 94 IPRG) und für die Erbverträge und gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen (Art. 95 IPRG) vorbehalten. Weshalb das allgemeine Erbstatut dem besonderen Erbvertragsstatut vorgehen soll, vermögen die Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar zu begründen. Gerade weil die Sonderanknüpfung gemäss Art. 95 IPRG eine Beeinträchtigung der erbvertraglichen Bindungswirkungen durch Wohnsitzwechsel zu verhindern bezweckt, muss sie dem Erbstatut vorgehen und auch im Fall einer Nachlassspaltung berücksichtigt werden, die ihrerseits auf einen Wechsel des Wohnsitzes in einen Staat mit entsprechender Zuständigkeitsregelung zurückzuführen ist. Das Erbvertragsstatut gemäss Art. 95 IPRG hat als Spezialvorschrift gegenüber den übrigen erbrechtlichen Kollisionsnormen zu gelten (zur ähnlichen Regelung in Deutschland: *Staudinger/Dörner*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2007, N 62 ff. zu Art. 26 EGBGB; vgl. zum Vorrang der spezielleren gegenüber der generelleren Vorschrift: *Furrer/Girsberger/Siehr*, *Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren*, SPR XI/1, 2008, § 5 N 389 S. 131).

3.5 Insgesamt ist das Kantonsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass gemäss Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG das schweizerische Recht anwendbar ist.

4. Unter Hinweis auf das Erbvertragsverbot im brasilianischen Recht machen die Beschwerdeführer eine Sonderanknüpfung im Sinne von Art. 19 IPRG geltend (S. 13 ff. Rz. 28–37 der Beschwerdeschrift).

4.1 Eine «Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts» (Marginalie) lässt Art. 19 IPRG insofern zu, als anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden kann, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist (Abs. 1). Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (Abs. 2). Die Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts gestützt auf Art. 19 IPRG soll nach der Rechtsprechung die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 136 III 392 E. 2.2 S. 395). Sie betrifft vor allem das internationale Wirtschaftsrecht, kann aber auch auf dem Gebiet des Erbrechts nicht ausgeschlossen werden (vgl. *Bucher*, Commentaire romand, 2011, N 4 zu Art. 19 IPRG).

4.2 Das Kantonsgericht hat die drei Voraussetzungen gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG geprüft und als nicht erfüllt betrachtet. Es hat einerseits angenommen, es sei unklar, ob das brasilianische Erbvertragsverbot zwingend im internationalen Verhältnis anzuwenden sei, wenn die Vertragsparteien den Erbvertrag wie vorliegend an ihrem Wohnsitz in der Schweiz geschlossen hätten. Die Rechtsgutachter hätten festgehalten, dass der in der Schweiz abgeschlossene Erbvertrag die brasilianische Rechtsordnung nicht verletze und Erbverträge voraussichtlich mit ihrer Anerkennung in Brasilien rechnen könnten. Andererseits seien, so hat das Kantonsgericht dafürgehalten, keine schützenswerten und überwiegenden Interessen erkennbar, die die Nichtbeachtung des Erbvertrags zwingend erforderten. Schliesslich fehle dem vorliegenden Sachverhalt auch der enge Zusammenhang zum brasilianischen Recht (E. III/2d S. 7 f. des angefochtenen Entscheids).

4.3 Unter Hinweis auf die von ihnen bestellten Rechtsgutachten machen die Beschwerdeführer geltend, das Erbvertragsverbot sei nach brasilianischem Recht zwingend und ein Erbvertrag nach brasilianischer Rechtsauffassung ordrepublik-widrig und damit nichtig. Entgegen ihrer Annahme ist es dem Bundesgericht versagt, die Anwendung des ausländischen Rechts in der vorliegend vermögensrechtlichen Angelegenheit frei zu überprüfen (Art. 96 lit. b BGG; vgl. BGE 131 III 418 E. 3.2.1 S. 425 f.; 136 III 392 E. 2.3.1 S. 396). Zulässig ist hier lediglich die Rüge willkürlicher Anwendung des ausländischen Rechts (Art. 9 BV i.V.m. Art. 95 lit. a BGG; vgl. BGE 133 III 446 E. 3.1 S. 447/448; 135 III 614 E. 4.1.3 S. 616).

4.4 Dass das brasilianische Recht ein Erbvertragsverbot kennt, steht unangefochten fest. Für dessen Berücksichtigung gemäss Art. 19 IPRG ist indessen entscheidend, ob das Erbvertragsverbot brasilianischen Rechts auch auf den zu beurteilenden Sachverhalt zwingend angewendet werden will. Ungeachtet der fehlenden Verfassungsrügen (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 136 I 332 E. 2.1 S. 324) darf die Frage unter Willkürgesichtspunkten verneint werden. Das brasilianische

nische Erbvertragsverbot zählt nach überwiegender Meinung nicht oder nicht mehr zum *ordre public*, soweit der Erbvertrag – wie hier – nach dem Recht am Ort des Vertragsabschlusses zulässig ist. Der Anwendungsbereich des *ordre public* im Erbrecht ist insoweit eingeschränkt (vgl. *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, 9 Bde., 4. Aufl., Stand: Mai 2008, N 48 und N 103 für Brasilien). Der Befund entspricht offenbar einer allgemeinen Tendenz, die für andere Staaten mit einem ausdrücklichen Erbvertragsverbot festgestellt wird (vgl. *Andrea Bonomi*, *Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse*, in: *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, 2008, S. 11 ff., S. 23 ff.).

4.5 Aus den dargelegten Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Erbvertragsverbot nach brasilianischem Recht international zwingend anzuwenden ist. Seine Berücksichtigung gemäss Art. 19 IPRG fällt deshalb ausser Betracht. Es bleibt somit bei der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts.»

## Observations:

L'arrêt apporte plusieurs clarifications au sujet des pactes successoraux. Les époux se sont institués chacun en tant que héritier unique de l'autre. A défaut d'une disposition désignant un autre droit, un tel pacte est régi par le droit du domicile au moment de sa conclusion (art. 95 al. 1). Le droit suisse étant ainsi désigné par la LDIP, la déclaration des époux de vouloir soumettre leur succession respective au droit suisse n'était pas nécessaire. Leur utilité pouvait consister, à la rigueur, dans l'exclusion du droit national brésilien, au regard de l'alinéa 3 de l'art. 95, désignant, alternativement, le droit du domicile et celui de la nationalité dans l'hypothèse de dispositions réciproques. La volonté claire du législateur était de ne pas rendre la validité du pacte incertaine en cas de changement de domicile. La désignation du domicile au moment du pacte doit donc s'appliquer également à l'alinéa 3, malgré le fait que le moment déterminant ne soit pas fixé.

Le pacte est également protégé entièrement lorsque l'éloignement du dernier domicile d'un défunt a pour effet que, sans le pacte, la succession serait régie par un droit étranger et sa dévolution répartie entre plusieurs pays, en l'espèce entre le Brésil et, pour le patrimoine suisse dont le Brésil n'entendait pas s'occuper, la Suisse. Le raisonnement est artificiel, car on ne voit pas la raison pour laquelle le pacte ne pourrait pas garder son effectivité pour la part de la succession soumise à la compétence suisse en vertu de l'art. 88 al. 1. De toute manière, ainsi que le Tribunal fédéral tranche, l'art. 95 est une règle spéciale qui l'emporte sur un tel raisonnement, qu'il soit ou non fondé sur l'art. 91 al. 1.

Le Tribunal fédéral écarte sommairement, jugeant dans les limites de l'arbitraire, l'argument que l'interdiction des pactes successoraux en droit brésilien ne participe plus, de nos jours, à l'ordre public brésilien lorsque le pacte a été conclu dans un pays qui en acceptait la validité. Sous l'angle de l'art. 19, on ne pouvait donc

songer à une hypothèse selon laquelle le droit brésilien aurait voulu s'appliquer impérativement en l'espèce.

La conclusion étant limpide, il n'y aurait pas eu besoin au Tribunal fédéral de rappeler qu'il serait interdit au Tribunal fédéral d'examiner librement l'application faite du droit étranger par le tribunal cantonal (c. 4.3). Depuis lors, il est loin d'être certain que l'argument, constant depuis des décennies, soit encore valable. Quelques mois plus tard, le 18 octobre 2012, un arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public est venu mettre à terre ce pilier de la jurisprudence, constatant que, lorsqu'il est nécessaire, « pour trancher une question principale relevant du droit fédéral ou du droit international, ..., d'examiner une question préalable de droit étranger, la cognition du Tribunal fédéral s'étend au droit étranger » (ATF 138 II 536 ss, 541). De cette jurisprudence, la II<sup>e</sup> Cour de droit civil n'en veut pas. Ainsi que cela se produit parfois lorsque la jurisprudence d'une Cour ne plaît pas à une autre, elle est tout simplement ignorée, notamment si elle a été également méconnue par le recourant. Ainsi, l'ATF 31.7.2013, 4A\_149/2013, c. 5.3, refuse d'entrer en matière sur l'application du droit allemand sur laquelle est fondée la bonne application de l'art. 5 ch. 1 lit. a CL relatif au lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ; de même, l'ATF 19.3.2013, 5A\_874/2012, c. 1.3 et 3.2, affirme sans nuance que le grief de la mauvaise application de la loi portugaise désignée par la Convention de La Haye de 1973 serait irrecevable ; enfin, le contenu du droit iranien n'est examiné que dans les limites de l'arbitraire, malgré le fait que son application (correcte) est commandée par l'art. 8 de la Convention avec l'Iran de 1934 (ATF 2.4.2014, 5A\_947/2013, c. 5.2.1). Dans ces trois arrêts, aucune mention n'est faite de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public, pourtant publié au Recueil officiel. Il conviendra donc d'attendre le moment où le climat prétorien se développe au point de se rendre compte qu'il aurait fallu depuis un moment déjà faire application de la procédure prévue à l'art. 23 LTF et réunir les cours intéressées afin de parvenir à une position commune.

#### **IV. Succession – Défunt italien décédé en Italie – Accord transactionnel entre les héritiers – Clause d'élection d'un for suisse – Action en pétition d'hérédité en Italie. – Litispendance en Suisse? – Convention italo-suisse de 1933**

*Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 15 mai 2012, Agnelli – 5A\_423/2011 – ATF 138 III 570, Praxis 2013 n° 47, p. 361, RSPC 2012 p. 490*

« A. X., ressortissant italien domicilié en Italie, est décédé le 24 janvier 2003 à Turin (Italie) ; il a laissé pour seules héritières son épouse, dame X., et sa fille, Y.

B. Des différends étant apparus quant au règlement de la succession, des négociations ont été menées afin de trouver un arrangement. Le 18 février 2004, les prénommées ont conclu un accord transactionnel « pour mettre définitivement un terme à ce litige », lequel prévoit en substance le transfert à Y., en pleine propriété, de divers actifs (art. I et II) et la « conclusion d'un pacte successoral » avant le 6 mars 2004 (art. IV), les parties reconnaissant « n'avoir plus aucun droit, directe-



ment ou indirectement, dans la succession de [X.], et n'avoir aucune prétention à élever pour quelque motif que ce soit l'une envers l'autre ni à l'égard de quiconque, directement ou de toute autre manière» (art. VIII); cette convention «est exclusivement soumise au droit suisse» et prévoit, en cas de litige au sujet de sa conclusion, de sa validité, de son exécution ou de son interprétation, «la compétence exclusive du Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève» (art. XIV). Cette transaction a été exécutée.

Convaincue que des avoirs ou des libéralités lui avaient été dissimulés lors de la conclusion de l'accord précité, Y. a saisi, le 28 mai 2007, le Tribunal de Turin (Italie) d'une demande dirigée à l'encontre de A., B. et C. – tous proches collaborateurs de feu X., chargés de la gestion de ses affaires – ainsi que de dame X.; en bref, elle a conclu: à titre préliminaire, à ce qu'il soit ordonné à A., B. et C. de rendre compte de leur gestion des biens ayant appartenu au de cujus; à titre préjudiciel, à la constatation de la nullité, de l'annulabilité ou de l'inefficacité des accords passés entre les héritières après l'ouverture de la succession; à titre principal, à la constatation de sa qualité d'héritière à l'égard de tous les biens concernés par la reddition de comptes; à titre principal éventuel, à la condamnation des gérants à réparer le préjudice éventuellement causé dans le cadre de leur gestion; à titre principal, à la dissolution de la communauté héréditaire moyennant attribution de la propriété individuelle, avec obligation de restituer à la succession, des biens qui font partie de la masse successorale, après estimation de la valeur vénale des biens à partager; à titre subsidiaire, en cas d'impossibilité de partager certains biens, à l'estimation, à la vente, ainsi qu'au partage de leur produit entre les héritières.

Dame X. a excipé de l'incompétence des tribunaux italiens. Par arrêt du 7 octobre 2008, la Cour de cassation italienne a rejeté cette exception; elle a considéré que les conclusions principales tendaient à la pétition d'hérédité et à la dissolution de la communauté héréditaire, de sorte que les juridictions italiennes étaient compétentes en vertu de l'art. 50 de la loi italienne sur le droit international privé; le chef de conclusions relatif à la validité de l'accord du 18 février 2004 ne modifie pas la nature du litige, qui demeure successoral et, partant, soustrait au champ d'application de la Convention de Lugano (CL). Statuant sur le fond le 17 mars 2010, le Tribunal de Turin a débouté la demanderesse de toutes ses conclusions. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Turin.

C. Le 4 juin 2009, dame X. a déposé devant le Tribunal de première instance de Genève une action à l'encontre de Y. tendant à la constatation que «l'accord du 18 février 2004 est valide et lie les parties»; la défenderesse a conclu à ce que l'action en constatation de droit soit déclarée irrecevable, subsidiairement à ce qu'il soit sursis à statuer. Statuant «sur fin de non-recevoir de litispendance» le 26 octobre 2010, le Tribunal a déclaré l'action irrecevable. La Cour de justice du canton de Genève a confirmé cette décision le 20 mai 2011.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile formé par dame X.

## Extrait des considérants :

2. Bien que les parties soient toutes deux domiciliées en Suisse, la Cour de justice a considéré à juste titre que la présente cause revêt un caractère international (art. 1<sup>er</sup> al. 1 let. a LDIP) ; cette opinion – qui n'est d'ailleurs pas contestée par la recourante (art. 42 al. 2 LTF) – doit être approuvée ; s'agissant, en l'occurrence, de procédures introduites dans deux Etats différents, la litispendance est par définition internationale (cf. Schneider, *L'exception de litispendance en droit international privé*, in : *Mélanges offerts à la SSJ*, 1976, p. 295). Au préalable, il convient de rechercher si un traité international s'applique (art. 1<sup>er</sup> al. 2 LDIP ; ATF 115 III 148 consid. 3).

2.1 La Cour de justice a retenu que « tant la procédure genevoise que la procédure italienne étaient de nature successorale », en sorte que la Convention de Lugano (dans sa version de 1988) – à laquelle l'Italie et la Suisse sont parties – n'était pas applicable (art. 1<sup>er</sup> al. 2 ch. 1 aCL [= art. 1<sup>er</sup> ch. 2 let. a CL révisée] ; sur ce motif d'exclusion : ATF 135 III 185 consid. 3.4 ; arrêt 4A\_249/2009 du 29 juillet 2009 consid. 2). Une telle argumentation laisse entendre que l'intervention de l'art. 21 aCL (= art. 27 CL révisée) suppose que les deux actions tombent dans le champ d'application matériel du traité (dans ce sens : Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>e</sup> éd., 2010, n° 57 ad art. 1<sup>er</sup> et n° 11 ad art. 27 EuGVVO ; Kren Kostkiewicz, *Rechtshängigkeit und Konnexität*, in : *La Convention de Lugano, Passé, présent et devenir*, Publication ISDC n° 59, 2007, p. 111 ; Mabillard, in : *Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen*, 2011, n° 15 ad art. 27 CL) ; l'action introduite à Turin étant indiscutablement successorale, la Convention de Lugano serait inapplicable pour ce motif déjà, sans qu'il faille s'interroger sur la nature de celle qui a été intentée à Genève.

Il n'y a pas lieu de se prononcer définitivement sur le bien-fondé de cet avis, puisque l'action (en constatation) ouverte à Genève présente de toute manière aussi un caractère successoral. Il est exact que l'accord du 18 février 2004 est une « transaction » ayant expressément pour but de « mettre définitivement un terme [au] litige » entre les parties. Bien que la question apparaisse controversée, il faut reconnaître une nature successorale au sens de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 ch. 1 aCL aux litiges relatifs à la validité et aux effets des conventions entre héritiers (sic : Donzallaz, *La Convention de Lugano*, vol. I, 1992, p. 371 n° 945 ; Mankowski, in : *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, vol. I, 2011, n° 16 ad art. 1<sup>er</sup> Brüssel I-VO ; contra : arrêt de la Cour d'appel de Rome du 30 avril 1995, in : *RDIPP* 1996 p. 750) ; bien qu'elle n'ait pas eu à trancher ce point, la Cour de céans partage cette position (cf. ATF 137 III 369 consid. 4.3 et les citations). En outre, les clauses de cet accord ont, pour l'essentiel, un contenu indubitablement successoral (cf. supra, let. B) ; par ailleurs, en droit suisse – applicable à l'accord litigieux –, la transaction extrajudiciaire n'a en principe pas d'effet novatoire et, partant, n'a pas pour effet de remplacer la cause originaire (successorale) par une nouvelle, qui serait ici obligationnelle (sur le sujet : Gauch, *Der aussergerichtliche Vergleich*, in : *Festgabe Schlupe*, 1988, p. 15 et les références).

2.2 Les juridictions cantonales ont examiné le mérite de l'exception de litispendance au regard de l'art. 8 de la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires (RS 0.276.194.541), aux termes duquel les autorités judiciaires de l'un des deux Etats (i.c. suisses) doivent, si l'une des parties le demande, se dessaisir des contestations portées devant elles lorsque ces contestations sont déjà pendantes devant une juridiction de l'autre Etat (i.c. italienne), pourvu que celle-ci soit compétente selon les règles de la convention. Ce traité tombe sous le coup de la réserve de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 LDIP, de sorte que la norme conventionnelle précitée l'emporte sur l'art. 9 LDIP (arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 29 septembre 2008, publié in: RtiD 2009 I 745/746 consid. 5; Bucher, in: Commentaire romand, 2011, n° 5 ad art. 9 LDIP).

D'après le Message du Conseil fédéral, cette convention n'est pas un «traité réglementant la compétence judiciaire», mais «uniquement une convention d'exécution»; elle «s'occupe de la compétence judiciaire en tant seulement que cette compétence constitue une condition de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision dans un autre Etat» (FF 1933 I 242; Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier, Répertoire de droit international privé suisse, vol. 2, 1983, p. 213 n° 1, avec les références; ATF 113 II 100 consid. 2). Cependant, deux dispositions «outrepassent ces limites»: «l'une – pertinente en l'espèce –, qui vise l'exception de litispendance, est contenue à l'article 8, l'autre, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires, à l'article 10» (FF *ibidem*). Enfin, bien que cette condition ne ressorte pas de son texte, l'art. 8 du traité exige une identité d'objet entre les deux actions (FF 1933 I 250 [«l'exception de litispendance peut être soulevée si la même contestation est portée devant les juridictions de l'autre Etat»]; *idem*: ATF 65 II 177 p. 179; 109 II 180 consid. 3 [«contestations identiques»]).

3. – 3.1 La recourante se plaint d'abord d'une violation de l'art. 5 al. 1 LDIP, en vertu duquel, en matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, cette élection de for étant, sauf stipulation contraire, exclusive. En substance, elle fait valoir que la décision entreprise revient à priver de toute portée la clause de prorogation de for incluse dans l'accord du 18 février 2004; si l'intimée voulait remettre en cause cet accord transactionnel, il lui appartenait d'agir devant les tribunaux genevois, qui étaient désormais le «for naturel» du litige; le mécanisme de la litispendance ne saurait avoir pour effet de soustraire la cause à l'autorité qui doit exclusivement en connaître à teneur de la convention d'élection de for.

La juridiction précédente a constaté que le premier juge n'a pas nié qu'il était compétent en vertu de la clause de prorogation de for et ne s'est pas déclaré incompétent (à raison du lieu) pour connaître du litige; il a du reste implicitement admis sa compétence avant d'examiner le moyen tiré de la litispendance; en outre, sa compétence n'a pas été contestée par la partie adverse. Il s'ensuit que le grief pris de la violation de l'art. 5 al. 1 LDIP est «sans objet».

3.2 L'autorité précédente est partie de la prémisse que le «mécanisme [de la litispendance] n'a de sens que si le tribunal second saisi était compétent s'il avait été

saisi seul ou en premier lieu» (Bucher, op. cit., n° 20 ad art. 9 LDIP). Selon la jurisprudence constante, la Convention italo-suisse ne touche en rien au pouvoir d'un Etat de déterminer, en conformité de son droit de procédure international, dans quels cas et à quelles conditions ses propres juridictions sont compétentes pour connaître de la cause dont elles sont saisies, sans préjudice du sort qui serait réservé à leurs décisions au stade de sa reconnaissance dans l'autre Etat (ATF 84 II 57 consid. 2b/bb; 88 II 6 consid. 3; 96 I 594 let. b; 113 II 100 consid. 2). La validité de la clause d'élection de for stipulée en l'espèce par les parties ne relève donc pas du traité, mais du seul droit interne, en l'occurrence de l'art. 5 al. 1 LDIP (Dutoit et al., op. cit., p. 229 n° 50). Or, sous cet angle – comme l'a souligné à juste titre la cour cantonale –, la compétence du Tribunal de première instance de Genève ne pose aucun problème et n'a d'ailleurs, semble-t-il, jamais été contestée. L'admissibilité d'une clause d'élection de for en matière de litiges du droit des successions est en outre très largement admise (parmi plusieurs: FF 1983 I 291 in fine n° 213.5; Bucher, op. cit., n° 7 ad art. 5 LDIP; Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4<sup>e</sup> éd., 2005, n° 4 ad art. 5 LDIP; plus réservé: Heini, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2<sup>e</sup> éd., 2004, n° 9 ad art. 86 LDIP).

Comme le souligne avec raison la recourante, l'autorité précédente ne s'est, en revanche, pas prononcée sur le point de savoir si l'existence de la clause d'élection de for faisait obstacle à la litispendance; c'est la compétence du premier juge saisi qui est alors en question. Conformément au principe énoncé plus haut, les autorités italiennes ont fondé leur compétence sur l'art. 50 de la loi de DIP du 31 mai 1995; que les tribunaux italiens aient ignoré cette clause ou ne lui aient pas attribué d'effet est sans importance, car l'institution de la litispendance a pour but principal d'éviter les jugements contradictoires, non de sanctionner la violation d'une règle de compétence découlant de l'absence de prise en considération d'une clause d'élection de for (cf. Reymond, L'exception de litispendance, 1991, p. 185 let. A). Sous réserve des conditions de l'art. 8 de la Convention italo-suisse (infra, consid. 4.2), c'est donc au stade de la reconnaissance du jugement italien consécutif à l'action de l'intimée que les tribunaux suisses devront, le cas échéant, s'interroger sur les conséquences de la méconnaissance de ladite clause (cf. sur le sujet: von Overbeck, Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, in: Festschrift Keller, 1989, p. 624 ss et les citations; Acocella, Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, 1989, p. 249 et 301; cf. pour le cas où un tribunal étatique étranger a statué malgré l'existence d'une convention d'arbitrage: ATF 127 III 186 consid. 2); il n'y a dès lors pas lieu d'en débattre ici.

4. – 4.1 La recourante reproche en outre à la Cour de justice d'avoir violé l'art. 8 de la Convention italo-suisse à un triple titre: premièrement, à la date du dépôt de l'action à Genève, l'intimée n'avait pas encore pris de « conclusion ferme » devant les juridictions italiennes pour leur faire trancher la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 (infra, consid. 4.2); deuxièmement, du point de vue des autorités helvétiques, les juridictions italiennes sont en toute hypothèse incompé-

tentes pour connaître de cette question, vu l'existence d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois (*infra*, consid. 4.3); troisièmement, un éventuel jugement rendu en Italie sur ce point ne pourrait pas être reconnu en Suisse (*infra*, consid. 4.4).

L'autorité précédente a rappelé que le but de la litispendance est de prévenir des jugements contradictoires; aussi ne faut-il pas s'attacher à l'aspect formel des procédures, mais déterminer le «centre de gravité des litiges». Il y a dès lors identité de l'objet du litige lorsque les parties soumettent au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes causes juridiques et les mêmes faits, étant précisé que cette condition doit s'analyser dans un sens matériel, et non d'après la teneur formelle des conclusions. En l'espèce, la décision du premier juge, qui a admis que cette condition était remplie, échappe à toute critique. L'intimée a introduit en Italie une demande qui tend à titre principal à une pétition d'hérédité ainsi qu'au partage; or, «cette action revient sans conteste à remettre en question la validité de l'accord du 18 février 2004», lors même que l'intéressée n'a pas formulé de chef de conclusions principal sur ce point en première instance en Italie. Les deux procès «gravitent ainsi bien autour de la même problématique, à savoir la validité de l'accord du 18 février 2004», celui-ci comportant une renonciation des parties à toute autre prétention dans la succession du de cujus.

4.2 – 4.2.1 Comme l'a jugé l'autorité cantonale, la condition de l'identité des parties (ou subjective) est réalisée en l'espèce, ce que la recourante ne conteste pas (art. 42 al. 2 LTF). Il suffit que le procès ouvert en Suisse mette aux prises les mêmes parties que celles qui s'opposent dans la procédure italienne, même si cette dernière comporte encore d'autres défendeurs (ATF 105 II 229 consid. 1b; Raymond, *op. cit.*, p. 251 ss et les références). La position procédurale différente des parties dans les deux procédures est sans incidence (ATF 128 III 284 consid. 3a et les nombreuses citations).

4.2.2 Sans le dire expressément, l'autorité précédente s'est fondée sur la jurisprudence que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE; actuellement Cour de justice de l'Union européenne) a rendue sur l'art. 21 de la Convention de Bruxelles de 1968 (= art. 21 aCL); dans son arrêt *Gubisch Maschinenfabrik AG c/ Palumbo* du 8 décembre 1987 (aff. 144/86, in: Rec. 1987 p. 4861), cette autorité a considéré, en bref, que la notion d'identité d'objet ne devait pas être «restreinte à l'identité formelle des deux demandes», mais qu'il fallait mettre l'accent sur la question juridique qui se trouve au centre des deux procès; elle a ainsi admis l'identité entre une action en exécution d'un contrat de vente, ouverte d'abord en Allemagne, et une action en déclaration de nullité, en annulation et en résolution dudit contrat, car la «force obligatoire du contrat [est] au centre des deux litiges». Ce principe a été confirmé dans plusieurs arrêts ultérieurs (cf. arrêts *Tatry* du 6 décembre 1994, aff. C-406/92, Rec. 1994 I 5439; *Gantner* du 8 mai 2003, aff. C\_111/01, Rec. 2003 I 4207; *Maersk* du 14 octobre 2004, aff. C-39/02, Rec. 2004 I 9657). Le Tribunal fédéral s'y est rallié pour interpréter, non seulement l'art. 21 aCL (ATF 123 III 414 consid. 5; 125 III 346 consid. 4b; 136 III 523 consid. 6.1), mais aussi

l'art. 9 LDIP (arrêt 5C.289/2006 du 7 juin 2007 consid. 3.2) et l'art. 35 LFors (ATF 128 III 284 consid. 3b).

Cette conception unitaire de l'identité d'objet doit être approuvée. Elle est d'abord justifiée par le but commun que poursuivent les normes consacrées à la litispendance – qu'elle soit interne ou internationale –, à savoir d'éviter des jugements contradictoires lorsque des demandes identiques sont déposées à plusieurs endroits (notamment : ATF 128 III 284 consid. 3b/bb et les références). Elle apparaît en outre conforme à la jurisprudence récente selon laquelle la « notion d'identité d'objet doit être comprise de la même manière en droit interne et en droit international privé » (arrêt 5C.289/2006 précité ; dans ce sens : Bucher, op. cit., n° 10 ad art. 9 LDIP ; IDEM, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, in : SJ 2007 II p. 168). Il s'ensuit que l'art. 8 de la Convention italo-suisse doit être interprété à la lumière des principes qui précèdent. A cet égard, on peut relever que la Cour de cassation italienne, dans une décision du 17 mai 2002, a considéré que la notion d'« *identità di oggetto* » au sens de la Convention du 6 avril 1962 entre l'Italie et la Belgique devait être « *interpretata in base all'orientamento seguito nella interpretazione dell'art. 21 della convenzione di Bruxelles del 1968* » (RDIPP 2002 p. 1061 ss, 1066/1067 consid. 2) ; cela étant, on peut penser qu'elle interpréterait de la même manière l'art. 8 de la Convention avec la Suisse.

4.2.3 Il ressort de l'arrêt entrepris que la Cour de cassation italienne a retenu que l'intimée avait introduit une « action en pétition d'hérédité et en dissolution de la communauté héréditaire », la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 ne se posant qu'à titre préjudiciel. Cette dernière question se pose en revanche à titre principal dans le procès ouvert à Genève, dès lors que la demande tend à la constatation que l'accord précité est « valide et lie les parties » ; partant, il ne peut s'agir que d'une identité partielle. Cependant, cette circonstance n'exclut pas le jeu de la litispendance ; si les conclusions de la seconde instance sont englobées dans celles de la première (ce qui est le cas ici), le second juge doit – selon le régime applicable à l'exception (cf., supra, consid. 6) – se dessaisir de la cause ou la suspendre dans son entier (Reymond, op. cit., p. 201 let. A, avec les citations ; idem, pour la CL ou le Règlement européen n° 44/2001 : Kropholler/von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9<sup>e</sup> éd., n° 9 ad art. 27 EuGVO). Pour autant que les autres conditions soient remplies, la litispendance intervient sans égard au fait que les conclusions ont été formulées « dans l'un des procès à titre principal et dans l'autre à titre préjudiciel » (Bucher, op. cit., n° 12 ad art. 9 LDIP ; IDEM, SJ 2007 II p. 169), ou « à titre principal, alternatif ou subsidiaire » (Reymond, op. cit., p. 227 et les citations). Ces points étant précisés, l'arrêt attaqué ne prête pas le flanc à la critique.

En appliquant la notion (large) de litispendance consacrée par la Cour de justice des Communautés européennes, force est d'admettre que la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 est au centre des deux procédures : si elle constitue l'unique aspect du procès genevois, elle est soumise préjudiciellement aux juges italiens ; comme on l'a vu, le fait que l'intimée a formé à titre préjudiciel en première instance, puis à titre principal en instance d'appel, le chef de conclusions

tendant à remettre en cause l'accord précité est dénué de pertinence. En outre, on ne saurait nier le risque de jugements inconciliables : en effet, si le Tribunal italien devait accueillir les conclusions en pétition d'hérédité et en partage, sa décision concernerait des biens successoraux auxquels l'intimée est censée avoir renoncé (cf. art. VIII de l'accord), alors que, si le juge genevois devait admettre, de son côté, la validité de l'accord, sa décision serait sur ce point incompatible avec celle de son collègue italien, en tant qu'elle confirmerait la renonciation (transactionnelle) de l'intimée à l'égard des biens visés par l'action en pétition d'hérédité et en partage.

4.3 Aux termes de l'art. 8 de la Convention italo-suisse, l'exception de litispendance implique que le tribunal italien (saisi en premier lieu) soit compétent «selon les règles de la présente convention».

La compétence du tribunal italien doit s'apprécier, non par rapport au chef de conclusions ayant pour objet la question – préjudicielle – de la validité de l'accord du 18 février 2004, mais par rapport aux conclusions en pétition d'hérédité et en partage formulées à titre principal. Sous cet angle, cette compétence est donnée au regard de l'art. 2 al. 1 ch. 6 de la Convention italo-suisse, qui reconnaît la compétence internationale des juridictions de l'Etat où la décision a été prise « lorsqu'il s'agit d'une contestation successorale entre les héritiers d'un ressortissant du pays où la décision a été rendue » (cf. par exemple : arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 747 consid. 7a ; ATF 62 II 20 consid. 1, a contrario) ; dans le cas présent, le procès ouvert en Italie concerne la succession d'un ressortissant italien, domicilié en Italie au moment du décès. Comme l'avait déjà observé le Conseil fédéral (FF 1933 I 244), la compétence des autorités italiennes pourrait s'appuyer sur l'art. 17 al. 3 de la Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie du 22 juillet 1868 ; en dépit de sa formulation, il est admis – à l'instar de l'art. 5 de la Convention franco-suisse de 1869 (ATF 119 II 77 consid. 2c et les citations) – que cette disposition s'applique aux contestations relatives à la succession d'un Italien, que son dernier domicile ait été en Suisse ou en Italie (Dutoit et al., op. cit., vol. 3, 1986, p. 125 ss et les citations ; sur l'évolution de la jurisprudence : Chenevard, Le régime civil des successions dans les rapports italo-suisse, 1985, p. 47 ss).

La réponse serait plus délicate si la compétence du juge italien devait être examinée par rapport à la question (préjudicielle) de la validité de l'accord du 18 février 2004. En admettant la nature successorale du contentieux (cf. supra, consid. 2.1), l'art. 2 al. 1 ch. 6 de la Convention serait également applicable dans ce cas. Certes, l'art. 2 al. 2 du traité déclare que les dispositions contenues aux ch. 1 à 4 ne s'appliquent pas aux contestations pour lesquelles le droit de l'Etat requis « reconnaît comme exclusivement compétentes ses propres juridictions ». Dans son avis de droit du 4 décembre 2009 (n° 09-132cc), l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) a toutefois démontré que, en matière successorale, la compétence exclusive que pourraient revendiquer les tribunaux suisses sur la base de la clause d'élection de for ne pourrait pas faire obstacle à la litispendance, « étant donné que la nature exclusive d'une telle compétence ne peut, d'après la teneur de la disposition légale, jouer que dans les cas énumérés aux chiffres 1 à 4, mais non dans le cas du chiffre 6 » (p. 21

ch. 50; cf. sur les avis de droit de l'ISDC: ATF 137 III 517 consid. 3.3 et les citations). La question de savoir si l'existence d'une clause d'élection de for pourrait contrecarrer, en vertu de l'art. 8 de la Convention, la reconnaissance du jugement italien est examinée plus loin (cf. *infra*, consid. 5.3).

4.4 L'autorité précédente a retenu que «la Convention de 1933 n'exige pas que la décision étrangère soit susceptible de reconnaissance».

Contrairement à l'art. 9 al. 1 LDIP, la Convention italo-suisse n'exige pas de «pronostic de reconnaissance» du jugement italien à intervenir (Wittibschlager, *Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen*, 1992, p. 45; de l'opinion contraire: arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 746 consid. 6, qui se réfère à Acocella, *op. cit.*, p. 135); l'Institut suisse de droit comparé l'a explicitement rappelé dans son avis de droit. A ce stade, les tribunaux genevois n'avaient donc pas à se demander – fût-ce sur la base d'un examen sommaire – si le jugement italien serait ou non susceptible de reconnaissance en Suisse (notamment en raison de la non-application de la clause d'élection de for; *supra*, consid. 3.2).

5. ...

6. – 6.1 A titre subsidiaire, la recourante sollicite le renvoi de la cause à la juridiction précédente «afin qu'elle suspende la cause jusqu'à droit jugé définitif en Italie» sur la procédure opposant les parties; en bref, elle reproche à l'autorité cantonale d'avoir confirmé la décision du premier juge de déclarer irrecevable l'action en constatation de droit au lieu de suspendre le procès ouvert en Suisse.

6.2 Aux termes de l'art. 8 de la Convention italo-suisse, l'admission de l'exception de litispendance conduit au dessaisissement du juge saisi en second lieu. Cette solution s'écarte de celle de l'art. 9 al. 1 LDIP, qui prévoit – dans un premier temps (art. 9 al. 3 LDIP) – la suspension de la procédure introduite devant le tribunal suisse (cf. sur les diverses solutions possibles: Schneider, *op. cit.*, p. 313/314). Certes, il est parfois soutenu que, nonobstant le texte du traité, le juge suisse ne serait pas tenu d'écarter la demande, mais pourrait ordonner la suspension de la procédure, si cette mesure lui semble plus opportune (arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 746/747 consid. 6, qui se réfère à Acocella, *op. cit.*, p. 142 ss). Il n'y a toutefois aucun motif de déroger à la lettre claire de la convention (cf. Schneider, *op. cit.*, p. 314; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 45/46; Walder, *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, 1989, § 4 p. 108 n° 46); dans un arrêt du 28 mai 1998, la Cour de cassation italienne a aussi relevé que, contrairement à l'art. 21 aCL (= art. 27 CL révisée), «il giudice successivamente adito deve [...] spogliarsi della causa e non semplicemente sospendere il proprio giudizio» (RDIPP 1999 p. 296 ss, 301 consid. 1.2). Au demeurant, d'autres conventions bilatérales conclues par la Confédération adoptent un régime identique (Schneider, *loc. cit.*): l'art. 7 de la Convention du 15 janvier 1936 avec la Suède (FF 1936 I 697 ss, 702 ch. IV; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 48), l'art. 10 de la Convention du 29 avril 1959 avec la Belgique (FF 1959 II 301 ss, 312 [«s'abstenir de statuer»]; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 49), l'art. 8 de la Convention du 16 décembre 1960 avec l'Autriche (FF 1961 I 1585 ss, 1591 [«refuser d'office [d']instruire



[un litige]»; Wittibschlager, op. cit., p. 46) et l'art. 9 al. 1 de la Convention du 25 avril 1968 avec la Principauté du Liechtenstein (FF 1968 II 713 ss, 722 [«refuser d'office [d']instruire [un litige]»; Wittibschlager, op. cit., p. 47). »

## Observations:

La succession Agnelli anime les prétoires et la presse depuis quelques années, opposant les deux héritières, l'épouse et sa fille. Le volet suisse est accessoire à une série de procès entamés en Italie. L'action pendante en Italie portait sur une pétition d'hérédité, tandis que l'action intentée à Genève tendait à la constatation de la validité d'un arrangement convenu entre les héritières en 2004. Celui-ci constituait certes une transaction, mais son contenu était indubitablement successoral. Le Tribunal fédéral pouvait ainsi écarter l'application de la clause de litispendance de l'art. 21 aCL, sans trancher la question de savoir si les deux actions en concours doivent tomber dans le champ matériel d'application de la Convention (c. 2.1). L'art. 8 de la Convention italo-suisse de 1933 était ainsi pertinent, ayant la priorité sur l'art. 9 LDIP (c. 2.2).

L'accord litigieux contenait une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux genevois dont la validité n'était pas contestée, confirmant ainsi l'admission de fors prorogés en matière successorale (c. 3.1 et 3.2). Le Tribunal fédéral enchaîne en expliquant le rôle de l'élection de for dans le contexte de la litispendance. La question se pose dans le contexte de l'art. 9 LDIP, qui n'admet le sursis à statuer de la part du juge suisse qu'à la condition qu'il est «à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse» (al. 1). Les juridictions italiennes n'ont pas tenu compte de la clause d'élection du tribunal genevois retenu dans l'accord transactionnel, estimant que cet accord n'intervient qu'à titre préjudiciel (c. 4.2.3; arrêt reproduit *in* RDIPP 2009 p. 169, portant la date du 27 octobre 2008). Il est certain que dans son champ matériel d'application, cette clause exclusive de compétence empêche la reconnaissance d'un jugement étranger qui n'en aurait pas tenu compte; c'est une manifestation de l'effet dérogatoire de l'art. 5 LDIP. Pour le Tribunal fédéral, cette question ne se posera qu'à ce moment-là. Elle n'intervient pas devant le juge suisse saisi de l'exception de litispendance (c. 3.2). Sur ce point, l'arrêt s'engage dans l'erreur. Certes, la litispendance n'a pas pour fonction de sanctionner le non-respect d'une clause d'élection d'un for exclusif par le juge étranger. Il est également exact de rappeler qu'elle doit éviter des jugements contradictoires, mais il faut alors ajouter qu'elle ne le fait que si le pronostic de la reconnaissance en Suisse du jugement étranger est favorable, conformément au termes clairs de l'art. 9 al. 1 LDIP. Le raisonnement sur ce point est fait «sous réserve des conditions de l'art. 8 de la Convention italo-suisse» (de 1933), c'est-à-dire en tant qu'*obiter dictum*. Les références mentionnées portent sur cette question de la reconnaissance, mais non sur celle de savoir ce qu'il faut faire dans le contexte de l'art. 9 LDIP.

Cependant, l'arrêt ne s'arrête pas là, car il reporte la même erreur sur l'art. 8 de la Convention italo-suisse, dont il est dit qu'il n'exigerait pas de «pronostic de re-

connaissance» du jugement italien à intervenir (c. 4.4). La remarque est maladroite car, tout en étant correct en soi, elle méconnaît que cette disposition exige le respect de la condition la plus importante d'un tel pronostic, puisque l'exception de litispendance est admise «pourvu que celle-ci [la juridiction de l'autre Etat, premier saisi] soit compétente selon les règles de la présente Convention». Or, cette condition ne peut être laissée de côté (au c. 4.3, qui n'examine pas, dans ce contexte, le rôle de la clause de prorogation exclusive du for suisse contenue dans le pacte successoral). On est quelque peu consterné devant l'idée qu'une règle de litispendance devienne pour le Tribunal fédéral une règle destinée à déterminer le «centre de gravité des litiges» (c. 4.1), sans égard en l'espèce à une élection d'un for exclusif suisse, valablement convenue.

L'arrêt prend comme maigre appui Wittibschlager (p. 45), affirmant l'absence d'un pronostic de reconnaissance, sans aucune explication. L'arrêt tessinois cité et Accocella (p. 135), sont d'un autre avis, ce qui aurait mérité un débat, ce d'autant qu'ils se placent dans la ligne de l'objectif visé par le Tribunal fédéral, à savoir d'éviter des jugements contradictoires (c. 3.2). L'ATF 62 II 20 ss, 21 s. avait déjà bien vu que la compétence selon la Convention était une condition à examiner pour juger d'une exception de litispendance. La Cour de cassation italienne l'avait également compris en ce sens (arrêt du 28 mai 1998, RDIPP 1999 p. 296). Pourquoi ignorer ces précédents? Et alors que le nouvel arrêt insiste sur un autre point sur le respect de la lettre claire de la convention (c. 6.2), on se demande pourquoi il n'aurait pas dû le faire sur la question de la compétence indirecte, clairement posée par l'art. 8. Car quel est le sens d'une jurisprudence ordonnant la dessaisie du juge suisse en raison d'un procès en cours en Italie, s'il devait s'avérer que le jugement en résultant ne pourra pas être reconnu en Suisse, la demanderesse étant alors autorisée à reprendre son procès en Suisse?

Au demeurant, la question de la compétence indirecte n'est pas simple à répondre. Ce n'est pas tant la réserve de l'art. 2 al. 2 en faveur des compétences exclusives, s'opposant le cas échéant aux fors de l'art. 2 al. 1 ch. 1–4, qui est en jeu, car ces fors exclusifs sont manifestement différents de ces derniers fors, ce que l'ATF cité méconnaît tout en insistant sur les conclusions d'un avis de l'ISDC dont le raisonnement n'est pas expliqué (c. 4.3). La question est d'abord de savoir si la prorogation de for reconnue selon l'art. 2 al. 1 ch. 2 est de nature à écarter la compétence indirecte du pays d'origine du défunt d'après l'art. 2 al. 1 ch. 6 lorsqu'elle a été convenue comme étant exclusive. Et à supposer qu'il soit répondu à cette question par l'affirmative, il se pose ensuite la question de savoir si la compétence indirecte italienne, s'opposant à l'élection d'un for exclusif en Suisse, peut l'emporter en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> ch. 1 de la Convention, renvoyant aux règles de compétence de l'Etat requis. Ces règles sont d'abord, en cas de succession, celles découlant de la jurisprudence relative à l'accord italo-suisse de 1933 qui admet la prorogation de for, dont l'utilité serait réduite à néant si elle ne pouvait pas être exclusive (question que l'arrêt n'évoque pas), puis celles de la LDIP qui, à notre avis, ne permettent pas de reconnaître une décision étrangère rendue en méconnaissance d'une clause d'élection d'un for suisse exclusif. L'hypothèse de l'incompétence «indirecte» des

tribunaux italiens statuant à l'insu de la prorogation exclusive du for suisse mériterait donc d'être prise au sérieux. Or, en refusant d'examiner la question de la compétence italienne au stade de la litispendance, le Tribunal fédéral a déjà implicitement tranché en faveur de l'effectivité d'un jugement italien (cf. Sibylle Pestalozzi, *Internationale Litispendenz in erbrechtlicher Streitigkeit*, *Successio* 2013 p. 227 ss, 230).

On remarquera également en passant que c'est le premier arrêt qui renvoie au caractère privilégié des avis de droit de l'ISDC dans une affaire dont la question litigieuse porte sur une question de droit suisse, comprenant la Convention italo-suisse de 1933 (c. 4.3, renvoyant à l'ATF 137 III 517, c. 3.3). La jurisprudence citée trouve son origine dans l'ATF du 28.10.2004 (1P.390/2004, c. 2.3, Sem.jud. 2005 I p. 277), relatif à un litige soulevant une question de droit égyptien, et elle a été reprise dans l'ATF 137 III 520 s. dans le contexte de la vérification de la réciprocité offerte par la Finlande en matière de reconnaissance de faillites. Tandis que le premier arrêt rappelait bien que la valeur d'expertise des avis de l'ISDC résultait de sa fonction de fournir « des informations juridiques sur le droit étranger », l'arrêt de 2011 n'en fait pas mention. Et un glissement se produit alors dans le présent arrêt du 15 mai 2012, où la même valeur est attribuée à un avis de droit portant sur le droit international privé suisse. S'il est vrai que les tâches assignées à l'ISDC comprennent une activité en « droit international », il semble douteux que son expertise puisse revendiquer une priorité par rapport à d'autres sources de renseignement et d'expertise sur le droit suisse. Il conviendrait également que la jurisprudence, si elle devait s'engager plus avant dans cette direction, remarque que les avis de droit qui lui sont ainsi présentés ont normalement été confectionnés sur mandat d'une partie, sans intégrer la contribution que les autres parties au litige pourraient fournir (cf., sur la distinction à faire entre la force probante d'une expertise privée et celle d'une expertise judiciaire, ATF 19.9.2012, 4A\_274/2012, c. 3.2.1, ainsi que l'ATF 28.10.2001, 1P.390/2004, c. 2.2, Sem.jud. 2005 I p. 277). Dans le même arrêt, si l'on prend bien note du fait que l'ISDC avait « explicitement rappelé » que l'art. 8 de l'accord de 1933 ne préconisait pas un pronostic de reconnaissance (c. 4.3), il n'en demeure pas moins que, explicite ou non, ce « rappel » n'a aucune pertinence eu égard à la seule question litigieuse du contrôle de la compétence indirecte, expressément mentionné à l'art. 8 et dans toute la jurisprudence, suisse et étrangère, rendue jusqu'alors. On notera également que, dans un nouvel arrêt, il n'est plus question d'une « force probante décisive » d'un avis de droit de l'ISDC, l'avis débattu en l'espèce étant d'emblée jugé insuffisamment motivé, s'agissant d'une question de droit iranien (ATF 2.4.2014, 5A\_947/2013, c. 5.2.2).

## V. Arrêts en bref

*Divorce prononcé au Portugal – Action en complément tendant à régler le partage de la prévoyance – Droit étranger en soi applicable écarté en vertu de la clause d'exception – Conditions requises*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 19 mars 2013, 5A\_874/2012 – FamPra.ch 2013 n° 45 p. 752

L'entrée en matière sur l'action ne pouvait faire de doute, le jugement portugais présentant une lacune au sujet du règlement des prétentions en matière de prévoyance. Le Tribunal fédéral persiste dans l'idée qu'il faille lire dans la LDIP que celle-ci soumet le partage des expectations de prévoyance à la loi du divorce (c. 4.1). Cela convient très souvent en pratique, s'agissant de biens accumulés en Suisse, mais cela risque d'exposer l'un des conjoints, normalement l'épouse, à une situation très inconfortable lorsque l'art. 61 al. 2 soumet le divorce à la loi nationale commune étrangère des époux, du fait qu'il n'y a que l'un d'eux qui dispose d'un domicile en Suisse. Tous les arrêts connus de nos jours échappent à la conséquence d'appliquer une loi étrangère ne connaissant pas un tel partage, ce qui aurait pour effet que le mari jouirait entièrement de sa prévoyance accumulée en Suisse. On se sert comme artifice de la clause d'exception de l'art. 15, ignorant que les conditions qu'elle pose ne sont manifestement pas remplies: le but justifie le moyen (c. 4.2). Afin d'éviter de s'avancer trop loin dans l'absurdité de la construction, les arrêts se mettent alors à souligner les liens importants avec la Suisse, citant les nombreuses années d'activité professionnelle du mari en Suisse, la longue durée du mariage, et le fait que la prévoyance des époux n'avait pas été assurée par une assurance privée ou par un patrimoine constitué à cet effet (cf. ATF 131 III 293 s., RSDIE 2005 p. 366; ATF 8.3.2007, 5C.297/2006, c. 3.3, RSDIE 2007 p. 322). Le point culminant de cette recherche de la justice (et de non-discrimination des femmes, souvent restées dans le pays d'origine avec les enfants) est alors l'observation du point essentiel, à savoir que les avoirs du mari auprès de sa caisse de pension étaient «déterminants pour lui et sa famille sur le plan de la prévoyance» (arrêt cité du 8 mars 2007, c. 3.3), ce qui revient à appliquer la loi de l'institution suisse de prévoyance après un détour inutile via la loi étrangère du divorce. Le chemin pour y arriver est donc compliqué et jalonné d'insécurité, ce d'autant que le Tribunal fédéral, dans cet arrêt du 19 mars 2013, y ajoute encore des contradictions. En effet, il y est dit, sans aucune explication, qu'il fallait exiger que l'activité professionnelle et la présence d'avoirs soient exclusivement localisés en Suisse (c. 4.3), ce qui voudrait dire qu'au cas où l'épouse aurait effectué un travail accessoire dans son pays, le Portugal, même de courte durée, ou que le mari se serait constitué une prévoyance bien modeste à l'occasion d'un travail dans un pays autre que la Suisse, toute perspective pour l'épouse de récupérer sa part à la prévoyance en Suisse serait réduite à néant. Comment peut-on retenir une solution aussi disproportionnée et discriminatoire, s'agissant d'un couple marié depuis 32 ans? Comment un arrêt peut-il affirmer l'existence de telles exigences en citant des arrêts (cités ci-dessus) qui ne les ont pas retenues? Dans ces arrêts, en effet, il était question de la «longue durée», à la fois

du mariage et de la présence du mari travailleur en Suisse, sans plus. L'exigence d'un dernier domicile conjugal en Suisse n'a pas été posée. Comment alors, soudainement, le Tribunal fédéral peut-il affirmer dans cet arrêt portugais, sans donner de raison, qu'il conviendrait à l'avenir que les époux aient eu leur dernier domicile conjugal en Suisse, condition qu'il déduit en l'espèce d'un bref séjour de l'épouse en Suisse, dont rien ne laisse croire qu'il s'était agi d'un domicile, et ce en prenant comme appui des arrêts qui ne posent point cette exigence ? L'insécurité engendrée par des arrêts sans ligne directrice utile et perturbée par un arrêt isolé comme celui-ci (préparé par un juge suppléant, par ailleurs professeur d'université, qui en a profité pour consolider sa théorie, préjudiciable aux femmes) ne peut durer encore longtemps. Le Conseil fédéral s'est dès lors résolu à présenter un projet de loi qui fait disparaître ces tergiversations par un régime qui soumet tant le divorce lui-même que le règlement de la prévoyance exclusivement au droit suisse (n° 13.049, FF 2013 p. 4341–4424). La solution n'est pas sans poser de nouveaux problèmes, mais elle a le mérite de remédier à une jurisprudence mal réfléchie (cf. A. Bucher, *Divorce international et prévoyance professionnelle, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 97–129, n° 42–64*; Thomas Geiser, *Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, AJP 2012 p. 364–381 [375–377]*, qui se positionne par une critique excessive, fondée sur sa seule théorie et sans examiner ou mentionner les analyses publiées par nous-mêmes, Audrey Leuba et Gian Paolo Romano). Le Conseil des Etats a approuvé le projet dans sa séance du 12 juin 2014, rejetant une proposition qui voulait renoncer à la compétence exclusive suisse, quitte à ne reconnaître en Suisse que des décisions compatibles avec le régime suisse de la prévoyance.

*Divorce en France – Prestation compensatoire prenant en compte la situation des parties en cas de retraite – Action en complément intentée en Suisse*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 24 octobre 2013, 5A\_419/2013  
FamPra.ch 2014 n° 5 p. 196

L'arrêt se présente dans le prolongement de celui rendu le 1<sup>er</sup> juin 2011 (5A\_835/2010, RSDIE 2012 p. 295), dont l'épouse entendait suivre le raisonnement. Le Tribunal fédéral avait alors accepté d'entrer en matière sur le complément sollicité, étant donné que le juge français du divorce n'avait pas fait de référence à la prestation de prévoyance du mari et ne pouvait donc disposer des éléments propres à déterminer le montant à prendre en compte dans la fixation de la prestation compensatoire. En l'espèce, cependant, la situation était différente. Le Tribunal fédéral relate qu'à l'occasion des procédures françaises, les époux n'avaient fait preuve, l'un comme l'autre, d'aucune volonté de transparence et qu'au surplus, le montant alloué à l'épouse à titre de prestation compensatoire n'apparaissait nullement choquant dans son résultat, compte tenu des situations respectives des parties.

*Divorce – Partage de la prévoyance régi par le droit suisse – Caisse de prévoyance des Nations Unies – Calcul de l'indemnité équitable*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 21 janvier 2013, 5A\_495/2012

C'est le second arrêt relatif au partage de la prévoyance dans la caisse de prévoyance des Nations Unies, suivant celui du 5 mars 2010 (5A\_691/2009). Le rattachement de principe de la prévoyance au droit suisse applicable au divorce finit dans une voie de garage lorsque les époux ont été rattachés à une caisse de retraite d'une organisation internationale. Ainsi que l'art. 122 CC le dit en toutes lettres, il entend s'appliquer exclusivement au partage de la prestation de sortie constituée par un conjoint selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (RS 831.42). Cette disposition ne veut pas et ne peut s'appliquer au partage de prestations de nature comparable placées dans des institutions régies, soit par une loi étrangère, soit par le droit interne d'une Organisation internationale. Le Tribunal fédéral l'avait d'abord constaté dans le cas de l'OMC (ATF 28.4.2008, 5A\_83/2008, c. 3.3, FamPra.ch 2008 p. 913). Dans la logique de la jurisprudence, on aurait d'abord dû consulter l'art. 15 LDIP. Le Tribunal fédéral n'en fait aucune mention, probablement pour la simple raison que la notion de « lien le plus étroit » est difficile à appliquer par rapport au droit d'une Organisation internationale. L'arrêt écartait le régime de prévoyance de l'OMC au motif qu'il ne connaît pas de possibilité de transfert d'avoirs au conjoint d'un employé divorcé, pour confirmer le jugement cantonal qui avait condamné le mari au paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 124 CC. Il en fut de même dans deux cas relatifs aux *Nations Unies*, tranchés en 2010 et 2013, dont le second a donné l'occasion au Tribunal fédéral d'examiner très en détail les facteurs déterminant au regard de l'art. 124 CC. C'est sur la base du montant du versement de départ que doit être calculé l'avoir de prévoyance visé par le deuxième pilier des assurances sociales suisses, dont il faut déduire l'avoir correspondant au premier pilier. L'indemnité d'après l'art. 124 CC est déterminée à partir de l'option de base de l'art. 122 CC, à savoir un partage par moitié, puis affinée en tenant compte notamment de la situation patrimoniale des parties après le divorce. On se bornera ici à renvoyer le lecteur aux détails précis de l'arrêt fédéral, dont une analyse est également présentée par A. Bucher, *Divorce international et prévoyance professionnelle*, in *La famille dans les relations transfrontalières*, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 97–129, n° 25.

*Divorce – Liquidation du régime matrimonial – Action en divorce pendante à Prague – Litispendance*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 15 mars 2012, 5A\_599/2011  
FamPra.ch 2012 n° 49 p. 726

L'épouse intenta une action en divorce à Zurich le 5 mai 2009, suivie d'une demande tendant à la liquidation du régime matrimonial, le 26 avril 2011. Entretemps, le juge de district suspendit l'action le 12 août 2009 en vertu de l'art. 9 LDIP, eu égard aux demandes en divorce déjà introduites le 13 novembre 2008 à Prague. Le Tribunal fédéral était saisi du refus des tribunaux zurichois à entrer en matière sur l'action matrimoniale du mois d'avril 2011. En effet, cette demande complémentaire était sans objet, étant donné que le juge du divorce était de toute manière déjà saisi de la question de la liquidation du régime matrimonial. Il en va de même no-

nobstant le fait que le juge tchèque du divorce se prononce uniquement sur le divorce, sans régler les effets accessoires. Dès le moment où il l'aura fait, le procès en divorce entamé en Suisse n'a plus d'objet sur ce dernier point, mais il reste au rôle en ce qui concerne l'effet sur le régime matrimonial, avec la particularité que cet effet accessoire devient alors le point principal du litige. Cependant, la fin du litige se présente autrement : l'Obergericht de Zurich a décidé le 16 février 2012 qu'il n'y avait pas de compétence suisse pour juger de l'action en divorce au moment où celle-ci fut intentée, ce que le Tribunal fédéral a approuvé le 31 août 2012 (5A\_235/2012 ; cf., sur un autre arrêt refusant la compétence suisse : ATF 5.4.2012, 5A\_659/2011, AJP 2012 p. 853, obs. S. Othenin-Girard, RSPC 2012 p. 330). Sans le dire en autant de mots, l'arrêt qui met fin au litige renverse une jurisprudence antérieure (ATF 127 III 118 ss, 120, 122), selon laquelle le juge suisse saisi en second lieu, au sens de l'art. 9 LDIP, se borne à suspendre l'instance. Le nouvel arrêt procède mieux et efficacement, écartant toute entrée en matière dès qu'il est établi que ce juge n'est pas compétent de toute manière. On notera encore un arrêt du 15 novembre 2012 (5A\_529/2012), très rare en ce qu'il mentionne la possibilité d'invoquer la règle de litispendance de l'art. 12 de la Convention de La Haye de 1970 sur le divorce, préconisant un régime souple dont la relation avec l'art. 9 LDIP est cependant demeurée ouverte (c. 1.3). Enfin, la litispendance du juge étranger premier saisi n'empêche pas le juge suisse saisi en second lieu de prendre des mesures provisoires (ATF 6.3.2013, 5A\_2/2013, c. 1, FamPra.ch 2013 n° 48 p. 769) ou de constater que des mesures de protection de l'union conjugale prises en Suisse restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été remplacées par le juge étranger saisi de l'action en divorce (ATF 27.8.2013, 5A\_249/2013, c. 3). Lorsque le juge étranger a prononcé le divorce, qui est reconnu en Suisse, sans régler les effets accessoires concernant l'enfant vivant en Suisse, les mesures de protection de l'union conjugale prises antérieurement en Suisse restent en vigueur jusqu'au moment où elles sont remplacées par des mesures adaptées à la situation du divorce (ATF 17.4.2014, 5A\_40/2014, c. 4.2).

*Reconnaissance d'enfant à l'étranger – Contestation en Suisse – Loi suisse applicable*

Tribunale d'appello du Tessin, 22 mars 2012, RtiD 2012 II n° 76c p. 935

L'auteur de la reconnaissance n'ayant eu que douze ans au jour de la naissance de l'enfant, il ne pouvait en être le père. Une controverse doctrinale oppose une thèse selon laquelle l'art. 73 al. 3 LDIP exige l'application de la loi suisse en toute hypothèse, telle une règle d'ordre public, tandis qu'une autre estime que la contestation d'une reconnaissance faite à l'étranger relève de la loi étrangère. Le tribunal tessinois choisit la première option, non sans observer que même les auteurs qui ne la suivent pas admettent que l'ordre public suisse requiert de toute manière le rétablissement de la vérité biologique.

*Attribution des enfants lors du divorce – Enfants vivant avec leur mère en France – Incompétence du juge suisse du divorce*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 juillet 2012, 5A\_631/2011

Le principe de l'unité du jugement de divorce ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les mesures à l'égard d'enfants n'ayant pas leur résidence habituelle en Suisse. L'exception de l'art. 10 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ne peut être invoquée en l'espèce, étant donné que les parties ne sont pas convenues de la compétence du juge du divorce (c. 3.1), ce qui est le point décisif et non pas le fait que la mère n'était pas d'accord avec un règlement à l'amiable, comme l'explique le Tribunal fédéral (c. 4.4).

*Autorité parentale – Procès sur la modification de l'attribution lors du divorce en cours – Injonction à la mère de renoncer au déménagement à New York avec l'enfant jusqu'à droit jugé sur le fond*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 10 août 2012, 5A\_369/2012

Lors du divorce, la mère a obtenu l'autorité parentale et la garde, moyennant l'injonction de ne pas quitter la Suisse avec la fille unique du couple, deux Américains vivant en Suisse. Ayant appris l'intention de la mère de s'installer à New York avec l'enfant afin d'y vivre avec son nouvel ami, le père obtient comme mesure provisoire que l'interdiction soit faite à la mère de déménager pour la durée de la procédure au fond, moyennant la remise en mains du père des passeports de l'enfant et de son permis d'établissement. La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants n'est pas mentionnée. Le Tribunal fédéral reprochait à la Cour de justice de Genève d'avoir formulé à l'adresse de la mère une simple invitation, dépourvue de force juridique contraignante. En fait, l'ordre de restituer les papiers n'empêche pas le départ, mais il rend impossible l'immigration aux Etats-Unis (cf., par ailleurs, ATF 135 III 574 ss).

*Droit de garde – Procès de divorce en cours – Départ de la mère et des enfants en Espagne – Compétence du juge suisse du divorce conservée*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 mars 2014, 5A\_863/2013

Le père n'a pas eu de succès pour obtenir une injonction empêchant le départ des enfants avec leur mère à Ténériffe, qui a eu lieu peu avant la décision de l'Obergericht de Thurgovie. Il se posait ainsi devant le Tribunal fédéral la question de la compétence suisse, dorénavant sans fondement dans la résidence habituelle des enfants. Le Tribunal fédéral trouve un nouveau chef de compétence dans le procès en divorce toujours pendant en Suisse, étant donné qu'il convient de partir de l'idée que les conditions selon l'art. 10 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants « als erfüllt anzusehen sind » (c. 1). Il s'agit d'une pure spéculation, étant donné que le Tribunal fédéral ne procède à aucun examen de ces conditions, parmi lesquelles on mentionnera surtout l'acceptation conjointe de la compétence du juge du divorce par les parents et sa conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur le fond, il n'y avait pas d'objection au départ à l'étranger, étant donné que la mère était seule titulaire du droit de garde en vertu du droit en vigueur à l'époque et remplacé depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014 par le nouvel art. 301a du Code civil.



*Droit de garde – Départ de la mère avec l'enfant aux Etats-Unis – Procédure engagée par le père à Genève – Compétence fondée sur la résidence habituelle de l'enfant et le principe de la perpetuatio fori – Convention de La Haye de 1996*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 8 janvier 2013, 5A\_809/2012 – FamPra.ch 2013 n° 33 p. 519, AJP 2013 p. 606, obs. S. Othenin-Girard

Les parents ont été autorisés à vivre séparés, la mère s'étant vu attribuer le domicile conjugal et la garde de l'enfant d'à peine deux ans. Quelques mois plus tard, la mère est partie aux Etats-Unis avec l'enfant, au printemps 2011, menant une vie plutôt troublée, ce qui a amené le père à demander l'attribution de la garde exclusive sur son fils. Le Tribunal fédéral approuve la Cour de justice de Genève qui a accepté la compétence suisse. Il n'était pas certain que l'enfant se soit constitué une résidence habituelle aux Etats-Unis. Le Tribunal fédéral commence par mentionner la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, ajoutant que celle de 1961 sur la protection des mineurs continue à s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié celle de 1996, alors qu'ils ont ratifié le texte antérieur. Les Etats-Unis n'ayant ratifié aucun de ces deux instruments, pour le Tribunal fédéral, « c'est la première qui s'applique compte tenu du renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP » (c. 2.3.1, 2.4; de même l'ATF du 27 juin 2013, 5A\_90/2013, c. 3.3, cité *infra*; de manière similaire l'Obergericht de Zurich dans un arrêt du 27 octobre 2011, qui aurait dû se fonder sur l'al. 3 de l'art. 85). Cela est inexact. Cette Convention est applicable directement et sans égard à la mention qui en est faite dans la LDIP. En effet, elle ne contient pas de règle spécifique sur son champ d'application « dans l'espace »; elle s'applique dans toute la mesure où ses dispositions tendent à régir la résolution du cas particulier. Ainsi, les règles de compétence s'appliquent du simple fait qu'un chef de compétence retenu par l'une d'elles se trouve sur le territoire d'un Etat contractant; lorsqu'un cas particulier présente des liens avec un Etat non contractant, il n'y a donc pas lieu de s'en remettre au droit national pour en dégager l'applicabilité de la Convention, qui intervient d'elle-même. En l'espèce, la règle générale sur la compétence fondée sur la résidence habituelle était à examiner, ce pour le cas particulier où un changement de cette résidence a pu se produire alors que l'instance est pendante. Or, l'art. 5 al. 2 ne déduit d'un tel changement un transfert de compétence que si la nouvelle résidence se trouve sur le territoire d'un Etat contractant. Les Etats-Unis n'étant pas partie, il résulte de cette disposition implicitement que le principe de la *perpetuatio fori* s'applique (c. 2.3.2, 2.4). La question de savoir si l'enfant s'était constitué une résidence habituelle américaine pouvait donc demeurer ouverte (c. 2.4), la réponse étant en principe affirmative dans l'hypothèse d'un séjour de six mois (c. 2.3.3). Il restait uniquement à savoir si, au moment du dépôt de la requête du père à Genève, le 17 juin 2011, l'enfant y avait encore sa résidence habituelle, ce qui fut le cas (c. 2.4).

*Garde des enfants – Demande du père d'obtenir la garde exclusive en prévention d'un départ imminent de la mère à Singapour – Compétence suisse fondée sur la perpetuatio fori*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 19 juin 2014, 5A\_146/2014

Le père insistait pour obtenir la garde des enfants afin d'éviter qu'ils quittent la Suisse avec leur mère vers Singapour. A son avis, le déplacement de la résidence habituelle des enfants aurait pour effet de faire cesser la compétence des autorités suisses. La crainte n'est pas fondée sur ce point, car dans les relations avec un Etat non partie à aucune convention en la matière, la *perpetuatio fori* s'applique. En l'espèce, cela résulte de l'art. 5 al. 2 de la Convention sur la protection des enfants de 1996. Sur le fond, l'attachement des enfants à leur mère devait l'emporter. Le risque qu'une décision suisse ne soit pas reconnue à Singapour n'est pas discuté, mais s'il l'avait été, il n'aurait guère pu modifier le résultat. Si cette jurisprudence est convaincante sur le fond, la structure juridique l'est beaucoup moins. Une nouvelle fois, le Tribunal fédéral explique que la Convention de 1996 serait applicable parce que l'art. 85 LDIP « y renvoie », et cet instrument serait même applicable dans les relations avec un Etat ne l'ayant pas ratifié « compte tenu du renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP » (c. 3.1). Or, il n'en est rien. Cette disposition de la LDIP est une simple règle de signalisation de la Convention. Celle-ci n'exige nullement un tel renvoi pour s'appliquer dans les relations avec un Etat non contractant. L'applicabilité de la Convention résulte en l'espèce directement de l'art. 5 al. 2, avec la précision que la *perpetuatio fori* ne joue pas dans les rapports avec un Etat non contractant. Et si, par hypothèse, aucun des chefs de compétence de la Convention n'est réalisé en Suisse, ce qui est plutôt rare, elle ne s'applique pas. Les règles des alinéas 3 et 4 de l'art. 85 sont alors déterminantes. On remarque également une erreur récurrente que l'on connaît déjà de la jurisprudence sur la Convention de Lugano : il est relevé, en effet, qu'en plus de la Suisse, l'Espagne a également signé et ratifié la Convention de La Haye (c. 3), comme pour dire qu'il s'agirait d'une condition pour admettre la compétence suisse en vertu de cet instrument. Or, tel n'est pas le cas.

*Droit de garde – Départ de la mère avec le fils vers Berlin – Echec d'une procédure de retour – Incompétence des autorités suisses*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 20 août 2012, 5A\_509/2012

La mère avait quitté la Suisse avec son fils à l'insu du père, pour s'installer à Berlin. Une procédure tendant au retour de l'enfant enlevé a échoué ; les parents se trouvent devant un tribunal à Berlin afin de régler les droit de visite. Ce nonobstant, le père requiert en Suisse que le droit de garde lui soit transféré. La demande est rejetée, faute de compétence suisse. L'enfant s'étant établi à Berlin depuis mai 2010, la demande de retour ayant été refusée en juin 2011, il n'y avait plus de place pour la compétence continue d'après l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Pour que cette compétence cesse de jouer encore un rôle, il faut, dans l'hypothèse de la lettre b, outre un déplacement de la résidence habituelle à l'étranger, qu'un délai d'un an ait passé depuis l'acquisition de cette nouvelle résidence et qu'il n'y ait plus de procédure relative à l'enlèvement en cours. C'était le cas en l'espèce.

*Arrêt allemand retirant l'autorité parentale aux deux parents et confiant les enfants à un curateur – Parents partis en Suisse avec les enfants – Exécution immédiate de l'arrêt allemand en urgence – Absence d'un intérêt à recourir au Tribunal fédéral*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 19 juin 2014, 5A\_210/2014

L'exécution de l'arrêt allemand a été confiée à la police sur la base d'une ordonnance «super provisoire» de l'autorité suisse. La mère a été invitée à prendre position lorsque les enfants ont déjà été remis aux autorités allemandes. Devant le Tribunal fédéral, les parents ont trouvé porte close : le recours ne pouvait pas aboutir au retour de l'enfant. La compétence pour statuer à cet égard était celle des autorités allemandes. On connaît ce genre de situation d'un exemple en matière d'enlèvement d'enfants : si l'enfant a déjà été renvoyé, il n'y a plus d'intérêt actuel et pratique au recours au Tribunal fédéral (ATF 120 Ia 165 ss). Cette jurisprudence est inquiétante encore aujourd'hui, compte tenu notamment d'une pratique expéditive de l'Obergericht de Zurich, renvoyant l'enfant enlevé sans attendre que l'occasion puisse être saisie de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. Les perspectives d'une telle attitude peu respectueuse des droits du justiciable ne doivent pas laisser indifférentes. L'autorité de première instance y voit une issue pour renvoyer un enfant sans laisser aux parents aucun droit de recours, ce qui est tout de même élémentaire dans un état de droit. En l'espèce, la fille aînée a été renvoyée en Allemagne alors qu'elle avait déjà 17 ans ; elle a ensuite été autorisée à revenir en Suisse, ce qui montre l'inutilité de la démarche. La fille cadette avait alors 9 ans. Que l'on ne soit pas étonné de constater qu'aucune audition de ces enfants n'est mentionnée dans l'arrêt ; elles n'ont pas été représentées. Il y aurait motif pour s'intéresser à la justice à l'égard des enfants d'un peu de plus près. L'affaire a fait l'objet d'une délibération publique. Il faut croire qu'il y a de l'espoir.

*Enlèvement d'enfant par la mère en Guadeloupe – Ordre de retour prononcé par les autorités françaises – Demande d'attribution du droit de garde du père en Suisse – Refus et attribution de la garde à la mère, le père disposant d'un droit de visite à raison d'un week-end sur deux*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 11 février 2013, 5A\_848/2012 – FamPra.ch 2013 n° 20 p. 458 (extrait)

L'enfant de deux ans a été enlevé par sa mère une première fois au Canada, puis une seconde fois et définitivement en Guadeloupe, dont la mère est originaire. Le mari, resté en Suisse où le couple s'est marié, a saisi les tribunaux genevois d'une demande de mesures protectrices de l'union conjugale tendant à ce que le retour de l'enfant soit ordonné à la mère et que la garde sur l'enfant lui soit attribuée. Un an après l'arrivée en Guadeloupe, le tribunal compétent y a ordonné le retour immédiat de l'enfant en Suisse, le 1<sup>er</sup> mars 2012, pendant que l'instance suisse était encore en cours au niveau cantonal. La compétence fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants n'était plus contestée devant le Tribunal fédéral (c. 2). Le père se plaignait de l'arrêt de la Cour de justice de

Genève confiant définitivement l'enfant à sa mère, afin de préserver la continuité et la stabilité de l'enfant dans ses rapports avec celle-ci. La Cour n'a pris aucun compte du fait de l'enlèvement illicite commis par la mère et de l'ordonnance de retour prononcée en Guadeloupe, statuant au contraire que le père, en soi également un parent adéquat pour s'occuper de l'enfant, n'avait plus assumé la garde depuis le déplacement en avril 2011. Le Tribunal fédéral n'a pas fait mieux, approuvant l'arrêt cantonal à tous égards. Il est expliqué au père que les enquêtes nécessaires à l'évaluation de la situation de l'enfant et des parents seraient mieux faites par les autorités en Guadeloupe, ce qui peut s'expliquer, en effet, révélant cependant une contradiction flagrante avec la décision genevoise d'ordonner néanmoins, en Suisse, l'attribution de la garde à la mère sans examiner la situation locale en Guadeloupe (c. 3.4). Pire encore, l'arrêt cantonal se voit également confirmé sur le point du droit de visite, à exercer à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires; cette mesure, jugée correctement par le père de «farfelue», est fondée sur l'hypothèse, non démontrée, qu'il n'était pas certain que la mère s'installe définitivement en Guadeloupe et qu'un retour de l'enfant en Europe était probable. Cela devait se justifier du fait qu'il serait plus expédient que les autorités françaises, désormais compétentes, statuent si l'enfant demeure en Guadeloupe (c. 4). Or, tant que la compétence suisse est fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention, comment admettre une compétence française selon l'art. 5, qui réserve l'art. 7? Même s'il est exact qu'un jour, les autorités françaises prendront le relais, cela n'est pas une raison suffisante pour ordonner un droit de visite aussi irréaliste, comme si l'enfant vivait à Genève, alors qu'il y a été enlevé et que l'arrêt lui-même n'envisage pas son retour (mais tout au plus en Europe). Pour le père, la situation est désespérée, étant dépourvu de toute protection par les autorités suisses alors que l'enfant lui a été enlevé de manière illicite et que son retour en Suisse a été ordonné par les autorités françaises. Le Tribunal fédéral ne se prive d'aucune occasion pour rappeler la nécessité de lutter contre les enlèvements des enfants et leur retour au *statu quo ante*: en l'espèce, on ne comprend pas comment il a pu décider le contraire et avec un résultat aussi aberrant.

*Autorité parentale – Enfant enlevé par son père en Allemagne – Retour ordonné mais non exécuté – Résidence habituelle de l'enfant en Allemagne – Compétence suisse fondée sur le fait de l'enlèvement qui serait encore à l'examen? – Question laissée ouverte, la décision étant juste sur le fond*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 mars 2014, 5A\_836/2013

On n'en croit pas ses yeux: La Haute Cour du pays dit que la compétence suisse n'était pas évidente, mais que la question pouvait demeurer ouverte parce que la décision cantonale était correcte au fond! Des tribunaux suisses pourraient donc rendre des décisions sans se soucier de leur compétence, pourvu qu'elles soient justes sur le fond? En l'espèce, le père avait enlevé l'enfant vers l'Allemagne. Compte tenu de toutes les circonstances, il paraissait mieux apte pour s'occuper de l'éducation de l'enfant et lui offrir un environnement stable (c. 2). La question se posait cependant de savoir si les tribunaux suisses étaient encore compétents pour

en décider, étant donné que l'enfant avait depuis deux ans sa résidence habituelle en Allemagne. L'hypothèse d'une compétence liée au divorce (art. 10) devait être écartée, s'agissant en l'espèce de la protection de l'union conjugale. La seule possibilité à envisager était la compétence continue fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Une procédure consécutive à l'enlèvement de l'enfant a abouti en Allemagne à un ordre de retour, dont l'exécution fut cependant bloquée par les tribunaux zurichois saisis de l'affaire. Ceux-ci ont estimé que la compétence suisse pouvait encore être conservée, au motif que la procédure d'enlèvement n'avait pas encore pris fin, étant donné que l'exécution du renvoi fut suspendue. L'argumentation est artificielle et erronée, car la disposition citée se réfère à une « demande de retour » qui est « encore en cours d'examen », ce qui n'est pas le cas d'une demande ayant abouti à un jugement sur un état de fait qui ne donne plus lieu à aucun examen. La décision cantonale ayant attribué le droit de garde au père, le Tribunal fédéral conclut que la procédure d'enlèvement était devenue sans objet (alors que cette décision n'a précisément rien de définitif étant donné qu'elle fait l'objet du recours devant le Tribunal fédéral). En observant qu'au stade du recours du Tribunal fédéral, la compétence suisse n'était pas évidente, la Haute Cour laisse sous-entendre que la compétence de l'Obergericht de Zurich était fondée, alors que manifestement, elle ne l'était pas (c. 1). Quel est le sens d'une décision prise en Suisse par un tribunal incompétent, dont la reconnaissance en Allemagne (pays où vivent l'enfant et son père) n'a aucune chance d'être acceptée dès qu'une partie s'y oppose ?

*Enlèvement d'enfants – Mère ayant quitté avec l'enfant le lieu des vacances familiales en Grèce pour partir en Espagne – Démarche du père en vue d'obtenir des autorités suisses la garde exclusive – Compétence suisse*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 25 juin 2014, 5A\_218/2014

La famille passait ses vacances d'été en Grèce, et la situation s'est détériorée dramatiquement lorsque la mère est partie seule avec sa fille en Espagne. La réaction du père était énergique et persistante, réclamant aux autorités suisses l'attribution de la garde exclusive de l'enfant. Le point de fait controversé portait sur l'éventuel acquiescement de sa part à l'établissement d'une résidence de l'enfant en Espagne. Le Tribunal fédéral constate que le consentement du père au déplacement de l'enfant en Espagne n'avait été donné qu'au regard d'un séjour temporaire, pour la durée initiale des vacances, et non aux fins d'un établissement définitif de sa fille auprès de la mère dans ce pays (c. 5). La mère faisait cependant valoir que l'enfant avait établi sa résidence habituelle en Espagne, privant ainsi les tribunaux suisses de leur compétence. Le Tribunal fédéral aurait pu se contenter d'un raisonnement simple et constater qu'en l'espèce, compte tenu de la réaction vigoureuse du père et de la controverse divisant les parents, l'on ne saurait admettre la création d'une telle nouvelle résidence en peu de mois en Espagne. L'arrêt suit une autre voie qui, en l'espèce, est satisfaisante, mais n'est pas toujours certaine. L'art. 7 de la Convention de 1996 permet en effet aux autorités suisses de l'ancienne résidence habituelle de conserver leur compétence même en présence d'une nouvelle résidence habituelle

à l'étranger si l'on est en présence d'un enlèvement illicite, comme c'était le cas en l'espèce. Cependant, l'une des conditions requises, au-delà de celle d'une résidence d'un an et d'une intégration dans le pays étranger, est que « aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen » (art. 7 al. 1 lit. b); celle-ci n'était pas réalisée, car, tout en acceptant avec le Tribunal fédéral que le père n'a pas tardé à entreprendre des démarches en vue du retour de l'enfant (c. 4.3), il l'a fait en Suisse et non, à lire l'état de fait, en Espagne en invoquant la Convention de La Haye de 1980. La compétence suisse aurait donc pu cesser après une année de simple résidence de l'enfant dans ce pays. L'arrêt du Tribunal fédéral a été rendu encore dans les limites de ce délai.

*Autorité parentale conjointe – Jugement belge autorisant la mère à déménager avec l'enfant en Suisse – Large droit de visite accordé au père, mais non reconnu en Suisse – Convention de Luxembourg de 1980*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 27 juin 2013, 5A\_90/2013 –  
ATF 139 III 285 (extrait), FamPra.ch 2013 n° 69 p. 1054

S'étant établie à Lausanne, la mère y a obtenu une mesure préprovisionnelle partageant la période de vacances équitablement entre les deux parents. Le père s'y est opposé, invoquant la solution adoptée par la Cour d'appel de Gland, selon laquelle il avait le droit d'accueil de l'enfant pendant toutes les vacances et tous les jours fériés, de telle manière que le père n'avait la garde de l'enfant que pendant le temps où il devait aller à l'école. L'art. 11 de la Convention de Luxembourg, en combinaison avec son art. 10, permet de larges possibilités de s'opposer à la reconnaissance d'une décision prise dans un autre Etat contractant. Le motif le plus important porte sur l'intérêt de l'enfant (art. 10 al. 1 lit. b) et devant un règlement aussi excessif et déraisonnable tel que retenu dans l'arrêt belge, il ne faisait aucun doute que la décision ne pouvait être reconnue en Suisse (c. 3.4).

*Autorité parentale – Décision allemande de retrait de la garde à la mère, rendue après son déménagement en Suisse – Incompétence des autorités allemandes – Conventions de La Haye de 1996 et de Luxembourg de 1980*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 15 août 2012, 5A\_291/2012

Dans le contexte d'un procès en cours en Allemagne sur la garde d'un enfant de dix ans, le tribunal de Lünen avait ordonné à titre provisoire la remise de l'enfant par sa mère à l'autorité tutélaire locale, dont celle-ci entendait obtenir l'exécution en Suisse, où la mère s'était entretemps établie avec l'enfant et remariée. Les autorités cantonales ont refusé la requête, suivies par le Tribunal fédéral. Il s'est posé comme question principale celle de l'instrument applicable, étant donné que tant la Convention de Luxembourg de 1980 que celle de La Haye sur la protection des enfants de 1996 étaient à prendre en considération. Le Tribunal fédéral observe tout d'abord correctement (c. 2.2) que chacune de ces deux Conventions contient une clause de faveur à tout autre instrument liant les Etats contractants et permettant la reconnaissance et l'exécution (art. 19 et art. 52 al. 1, respectivement). Il devrait en résul-

ter qu'une décision étrangère n'est dépourvue d'effets en Suisse que si tel est le cas d'après les deux accords. Le Tribunal fédéral n'en reste pas là, cependant. Il applique la règle de priorité de l'alinéa 3 de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), auquel se réfère la lettre a de l'alinéa 4, pour soutenir la priorité du traité plus récent, soit celui de La Haye (c. 2.3). Il lui a échappé que cette disposition n'était pas applicable en l'occurrence, étant donné qu'elle vise l'hypothèse d'une incompatibilité entre un traité antérieur et un traité postérieur. Tel n'était pas le cas, en effet, puisque les deux Conventions se déclarent compatibles dans le respect de l'instrument le plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution. En l'espèce, le déplacement de la résidence de l'enfant en Suisse n'ayant pas été illicite, la compétence des juridictions allemandes avait pris fin avant la date de l'ordonnance querellée, qui ne pouvait donc être reconnue. Le Tribunal fédéral écarte l'éventualité d'une solution différente fondée sur le texte antérieur de 1980, en ajoutant que, de toute manière, la Convention de Luxembourg ne saurait aboutir à contourner le motif de refus de l'art. 23 al. 1 lit. a de la Convention de La Haye (c. 4.2); l'argument est erroné compte tenu de la règle de faveur de l'art. 52 al. 1. La réflexion apparaît sur ce point inversée à celle, tout aussi erronée, qui prétend que les motifs de refus de l'art. 10 de la Convention de Luxembourg devraient être interprétés au regard des règles de compétence de la Convention de La Haye de 1996 (ATF 31.3.2011, 5A\_131/2011, FamPra.ch 2011 n° 42 p. 727, obs. in RSDIE 2012 p. 335).

*Enlèvement d'enfant – Parents divorcés, garde des enfants attribuée à la mère – Accord du père, codétenteur de l'autorité parentale, nécessaire pour un départ à l'étranger*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 13 juillet 2012, 5A\_479/2012 – Sem.jud. 2013 I p. 29

La mère avait quitté la Pologne avec ses trois enfants pour s'installer auprès de son père à Genève. Les relations avec le père des enfants ont paru parfaitement normales, si bien qu'il n'y avait aucun motif à envisager pour refuser le retour. La seule question intéressante était celle du droit unilatéral de la mère au départ avec les enfants. Lors du divorce, les parents sont convenus que la résidence des enfants serait auprès de leur mère, le père disposant d'un droit de visite plutôt large, comprenant notamment une semaine par mois en sa faveur. La Cour de justice ayant déduit de la convention des parties une liberté entière de la mère pour fixer la résidence des enfants, même à l'étranger, elle s'entend dire par le Tribunal fédéral que cela ne saurait s'appliquer sans examiner au préalable le contenu du droit polonais (c. 4). Celui-ci prévoit que les parents disposant de l'autorité parentale conjointe doivent l'exercer en commun pour des questions essentielles, parmi lesquelles il faut compter, d'après la jurisprudence, le départ définitif des enfants à l'étranger. Au demeurant, la convention elle-même renforce cette interprétation, car le régime du droit de visite était aménagé de telle manière qu'il impliquait nécessairement la présence des enfants dans le pays. Il n'y avait donc pas non plus de consentement du père au départ, bien au contraire. L'arrêt est convaincant, corrigeant un arrêt

cantonal bien léger, et son impact est surtout positif en raison de la disponibilité du Tribunal fédéral à établir et à interpréter le droit étranger.

*Enlèvement d'enfant – Parents ressortissants de l'Ukraine, divorcés – Procédure sur l'attribution de la garde en cours en Ukraine – Départ de la mère et de l'enfant en Suisse, hébergés par le nouveau mari, de la même nationalité*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 2 décembre 2013, 5A\_799/2013 – FamPra.ch 2014 n<sup>o</sup> 22 p. 463

L'arrêt est longuement motivé. Il en ressort comme ligne principale du raisonnement que le père tenait au contact de proximité avec sa fille, qu'il n'avait pas consenti au départ et qu'il pouvait offrir des conditions d'accueil satisfaisantes (c. 5.1–5.3). Il pouvait même invoquer une décision lui attribuant l'enfant, cependant contestée en appel. L'inconvénient pour la mère de devoir se séparer de son mari n'a pas pesé lourd, au motif que celui-ci avait également l'Ukraine pour origine et un permis C en Suisse (c. 5.4); son nouveau mari doit donc suivre le sort de l'enfant et de sa mère, ce qui aurait mérité un examen plus poussé, même si la mère elle-même n'y insistait pas. Une suspension de la procédure pour une courte durée est jugée possible, mais refusée en l'espèce, compte tenu du contentieux qui sépare les parents et l'incertitude quant à l'issue du procès au fond (c. 5.6). Le Tribunal fédéral a jugé utile d'insérer dans son arrêt un long développement sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (c. 5.5), aussi truffé d'erreurs que l'arrêt subséquent du 16 janvier 2014, présenté *supra*.

*Enlèvement d'enfant – Parents ressortissants tchèques et suisses, non mariés – Procédure sur l'attribution de la garde en cours en Tchéquie – Départ de la mère et de l'enfant en Suisse, auprès de son nouvel ami*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 28 avril 2014, 5A\_248/2014

A la suite de l'habituel couplet contre l'arrêt *Neulinger* de la Cour européenne des droits de l'homme (c. 3.1), le Tribunal fédéral se donne plus de peine que dans son arrêt du 16 janvier 2014 (cité *supra*) pour examiner le sort d'un enfant de sept ans qui risquait de devoir retourner sans sa mère auprès de son père. Le recours a été présenté par la représentante de l'enfant, soutenue par la mère qui ne s'est cependant pas constituée en qualité de recourante. Le Tribunal fédéral aurait pu apprendre de l'arrêt *Neulinger* que l'art. 5 LF-EEA est applicable en pareil cas, plutôt que de l'ignorer. Les objections fondées sur l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention n'avaient guère de chance de prospérer, étant donné que, malgré l'attachement de l'enfant avec la Suisse et la nouvelle famille de la mère, rien de concluant ne permettait de mettre en doute la bonne relation avec le père. Certes, les contacts avec celui-ci étaient moins intenses et réguliers, mais cela ne doit pas affaiblir la position du requérant, car c'est la conséquence normale de l'acte du ravisseur. Pour des raisons similaires, le désir de l'enfant de vouloir rester en Suisse n'a pas fait le poids; pour infléchir la situation, il aurait fallu que l'enfant s'oppose fermement au rapprochement avec le père (c. 2). La procédure au fond a été suspendue en Tchéquie. Le Tribunal fédéral n'entend pas se donner la peine de prendre contact avec les



juges tchèques (comme le prévoit l'art. 10 LF-EEA), ni en charger l'Autorité centrale, la mère, connaissant les lieux et les mentalités, étant apte à prendre des initiatives (c. 3.3). L'arrêt conclut en fixant un nouveau délai pour le « retour volontaire » de l'enfant en République tchèque. Etant donné que la mère risquait de faire obstruction et de refuser d'accompagner l'enfant, il aurait fallu ajouter des mesures d'exécution ; cependant, pour ce faire, il aurait fallu respecter la loi (art. 11 al. 1 LF-EEA). La Cour d'appel du canton de Berne jouit d'une bienveillance particulière de la part de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil, canton d'origine de son Président. Dans un arrêt du 31 octobre 2011 déjà, la longueur excessive de la procédure n'a pas été critiquée, entraînant simplement quelques conseils en vue d'une amélioration (ATF 137 III 529 ss, RSDIE 2012 p. 319). Cela n'a servi à strictement rien et le Tribunal fédéral fait une nouvelle fois face à une procédure ayant duré 10 mois. C'est manifestement excessif. Les difficultés pour mettre sur pied une médiation et le soin pris à respecter le droit d'être entendu des parties ne constituent pas des justifications, malgré ce que les Juges fédéraux en disent (c. 5). La Cour d'appel n'a tenu aucun compte des conseils qui lui ont été prodigués et cela aurait mérité d'être dit. Le principe de l'urgence a été violé (art. 2 de la Convention). Le Tribunal fédéral a eu pour devoir de le rappeler plutôt que de chercher à justifier les collègues de Berne, aussi proches soient-ils. Ce que les Juges bernois auraient mérité qu'on leur dise, les Juges vaudois l'ont entendu : il leur fut reproché d'avoir pris six mois pour aboutir à une décision motivée et rappelé qu'une action en responsabilité était envisageable (ATF 27.7.2009, 5A\_427/2009, c. 5.4 et 5.5).

*Enlèvement d'enfant – Départ du délai d'un an pour réclamer le retour – Consentement ou acquiescement*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 28 novembre 2013, 5A\_822/2013 – FamPra.ch 2014 n° 23 p. 471

La mère avait quitté les Etats-Unis avec les deux enfants le 27 mai 2012, arrivant tout d'abord en Espagne, pour continuer le voyage en direction de l'Italie, du Portugal et finalement le 26 juillet 2012 en Suisse, où des examens médicaux étaient prévus. Le retour était prévu pour le 6 août 2012. C'est ce jour-là que le père s'est rendu compte que les enfants n'allaient pas revenir auprès de lui, ce qui signifie qu'il avait réagi encore dans le délai de l'art. 12 al. 1 de la Convention de La Haye de 1980 lorsqu'il avait déposé sa demande de retour le 2 août 2013 auprès de l'Obergericht de Zurich. Le Tribunal fédéral approuve ce point de vue, pour des motifs de clarté et de simplicité dans l'application de la Convention. En effet, même si l'on pouvait s'imaginer que le père aurait dû comprendre en juillet déjà que la mère n'avait pas l'intention de respecter le délai du 6 août 2012, il n'était pas certain que son intention allait se concrétiser et, surtout, tant que le délai n'avait pas passé, il n'existait pas une situation de non-retour ouvrant la possibilité pour requérir le retour selon la Convention (c. 2). Toutefois, les contacts qui ont eu lieu en juillet 2012 ont scellé le sort de la demande de retour. En effet, le père s'était exprimé positivement sur l'installation des enfants en Europe, avait fourni l'entretien nécessaire à la mère ainsi que tous les documents qu'elle réclamait. L'Obergericht n'était donc pas

tombé dans l'arbitraire en concluant que le père avait renoncé au retour des enfants, par une attitude que l'on peut interpréter comme un consentement ou comme un acquiescement selon le moment auquel on fixe le fait du non-retour effectif (c. 3). Ce n'est pas sans raison que le père avait remarqué le paradoxe qu'au regard du système de la Convention, le père qui s'occupait au mieux de ses enfants à distance est moins bien loti pour obtenir leur retour que le père qui ne s'y intéressait point. Afin d'éviter ce que l'on peut ressentir comme une trappe, il faut mettre clairement en évidence qu'en rendant affection et soutien aux enfants, l'on ne renonce point à exiger leur retour.

*Enlèvement d'enfant – Départ de la mère et de son nourrisson en Suisse – Ordonnance française fixant provisoirement la résidence de l'enfant en Suisse*  
Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 19 décembre 2013, 5A\_884/2013 – Sem.jud. 2014 I p. 213

La Cour de justice avait cru pouvoir se dispenser d'examiner si la résidence habituelle de l'enfant se trouvait encore en France au moment du départ vers Genève, étant donné qu'il n'était de toute manière pas envisageable de séparer un nourrisson de sa mère. Le Tribunal fédéral n'était pas convaincu de ce second argument, estimant que la Cour aurait dû vérifier la résidence et la question de savoir s'il était impossible d'exiger de la mère de raccompagner sa fille en France. La Cour de justice n'avait pas voulu d'un tel retour au motif que la mère obtiendrait de toute manière le droit de garde définitif du juge français saisi de la question. Or, pour le Tribunal fédéral, elle n'avait pas à effectuer un quelconque pronostic à cet égard (c. 4.2.1, 4.3) – une position excessivement rigide, car il n'y a strictement aucun sens de renvoyer un enfant dont on peut escompter qu'il revienne dans peu de temps ; au demeurant, un effort de collaboration avec le juge saisi du dossier à l'étranger peut produire des réponses utiles, si seulement le Tribunal fédéral acceptait de procéder à une telle démarche, pourtant requise par la loi (art. 10 LF-EEA). Paradoxalement, le Tribunal fédéral a trouvé une porte de sortie, consistant à se fonder, non sur une décision définitive non encore prononcée, mais sur une ordonnance française fixant provisoirement la résidence de l'enfant auprès de sa mère en Suisse (c. 4.3). De là à penser que la décision définitive sera la même, il n'y a qu'un petit pas, que le Tribunal fédéral se refuse cependant de franchir. La pratique va rester encore incertaine sur ce point. Dans un autre arrêt de la même époque, du 28 novembre 2013, le Tribunal fédéral (dans une composition différente de la II<sup>e</sup> Cour civile) n'a rien voulu savoir du fait que le juge anglais saisi de la question de la garde avait estimé que de faire revenir l'enfant en Angleterre n'était pas dans son intérêt et n'était donc pas indiqué, car il s'agissait d'une mesure provisoire, sans pertinence pour empêcher le retour de l'enfant (5A\_807/2013, c. 3.2).

*Enlèvement d'enfant – Autorité parentale conjointe – Pas de risque de danger en cas de retour – Rôle d'une décision espagnole ayant attribué la garde au père, après l'enlèvement – Désignation d'un représentant de l'enfant par le Tribunal fédéral*  
Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 20 septembre 2012, 5A\_537/2012

Pour des raisons liées à un changement de résidence d'un canton à un autre, l'enfant n'avait plus de curateur au moment de l'instance devant le Tribunal fédéral. Fort judicieusement, celui-ci a estimé « opportun » de lui en désigner un, disposant de l'expérience en matière d'enlèvement d'enfant (c. 1 et 5). C'est donc parfaitement possible, même si cela rend incompréhensible les nombreuses omissions de faire de même, sans respecter d'ailleurs la règle impérative de l'art. 9 al. 3 LF-EEA. Les parents n'étaient pas mariés et vivaient séparés, respectant tout d'abord un accord leur confiant une autorité parentale conjointe et à la mère le droit de garde ; cependant, selon le droit espagnol, ce droit ne donnait pas à la mère le droit d'amener l'enfant à l'étranger sans l'accord du père. Parmi les arguments invoqués pour s'opposer au retour, on note un point intéressant lié à une décision prise en Espagne plus de cinq mois après l'enlèvement, qui attribuait le droit de garde au père, au terme d'une procédure à laquelle la mère n'avait pas participé (dans des conditions par ailleurs controversées). Cette décision constituant en quelque sorte une sanction du départ de la mère, le Tribunal fédéral part de l'idée qu'elle n'est « pas gravée dans du marbre » et qu'elle sera revue dès le retour de la mère, ce qui permet néanmoins de parler encore d'un retour au « status quo ante » (c. 3). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une pure hypothèse et que le père pourra invoquer son titre pour revendiquer la garde de l'enfant de six ans dès qu'il passe la frontière espagnole. Un retour effectué dans ces conditions n'est pas conforme à la Convention, ce d'autant que les tribunaux suisses, y compris le Tribunal fédéral, peuvent l'éviter en demandant aux autorités espagnoles de prendre les mesures appropriées, conformément à l'art. 10 LF-EEA.

*Enlèvement d'enfant – Procédure sur le fond du droit de garde en cours en Espagne – Motif de refus fondé sur le risque d'un double retour non retenu – Conditions du retour non examinées – Requête en modification rejetée*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 10 septembre et 17 décembre 2012, 5A\_550/2012 et 5A\_847/2012 –

Sem.jud. 2013 I p. 25 (extrait du premier arrêt)

L'acharnement de la mère à rester en Suisse avec son fils s'est heurté à des tribunaux suisses imperturbables. L'enfant est né en 2008 en Espagne, d'un couple non marié qui s'est séparé début 2010, l'autorité parentale restant conjointe tandis que l'enfant vivait sous la garde de sa mère. Après avoir pu constater le départ de l'enfant et de sa mère de l'Espagne en mai 2011, le père a attendu jusqu'en mars 2012 pour réclamer le retour de l'enfant, ce qui fut admis, en dernier lieu par le Tribunal fédéral le 10 septembre 2012. C'était sans succès que la mère alléguait la résidence habituelle suisse de l'enfant depuis une année et son droit de garde : avant l'enlèvement, la résidence de l'enfant était bel et bien en Espagne, et le père participait à l'autorité conjointe, incluant le droit de déterminer le lieu de vie de l'enfant (c. 3). La situation était manifestement abusive, le père ayant attendu presque une année avant de manifester son intérêt pour l'enfant (qu'il avait visité peu fréquemment déjà auparavant, c. 3.3.3), montrant ainsi que sa seule cible était son ex-compagne. Il ne restait plus que le motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La

Haye de 1980 ainsi que les précisions fournies par l'art. 5 LF-EEA, auxquelles le Tribunal fédéral ajoute les explications du Message pour les cas où la mère déclare refuser d'accompagner l'enfant au retour (c. 4.2). En l'espèce, en l'absence de liens intenses, d'ordre familial ou autre, avec la Suisse, il n'y avait pas de raisons suffisamment convaincantes pour douter du retour de la mère en Espagne et des possibilités d'y mener une vie décente, étant noté que cela n'implique nullement qu'elle aurait dû s'installer auprès du père ou même à proximité. Le risque d'une condamnation pénale est écarté sur les dires du père que la procédure en cours sera classée dès le retour de la mère (c. 4.2.3), sans aucune vérification, notamment par la voie de la collaboration internationale, prévue à l'art. 10 LF-EEA. Le Tribunal fédéral observe également que l'art. 11 al. 1 LF-EEA n'avait pas été respecté, si bien que « si dovranno pertanto emanare misure più precise in sede esecutiva » (c. 5.1), mais le Tribunal fédéral ne les ordonne pas et il n'exige pas non plus de l'autorité cantonale de faire son devoir encore. Au terme du délai fixé pour le départ vers l'Espagne, la mère a sollicité la modification de la première décision cantonale, arguant de divers changements de circonstances. Le Tribunal fédéral, dans son second arrêt, rappelle qu'un changement déterminant aurait dû avoir lieu (art. 13 al. 1 LF-EEA), car il faut rester dans le cadre des motifs de refus de la Convention. La mère faisait état d'une requête devant les tribunaux espagnols tendant à l'octroi de l'autorité parentale exclusive, ainsi que d'une décision espagnole du 5 octobre 2012 rejetant la demande du père d'obtenir la garde et l'autorité exclusives sur son fils. La démarche est écartée au motif qu'aucune décision définitive n'avait encore été prise (c. 3.2.1). Que l'on ne soit pas étonné de constater que ni le Tribunale d'appello, ni le Tribunal fédéral ne se soient donnés aucune peine de se renseigner en Espagne sur l'état de la procédure, afin d'éviter à l'enfant et à sa mère un retour inutile: l'art. 10 LF-EEA offre la voie pour ce faire, mais encore faut-il vouloir l'appliquer. L'idée d'une suspension est écartée comme incompatible avec le retour au « statu quo ante » (c. 3.3), ce qui constitue une affirmation gratuite, écartée plus récemment dans l'arrêt du 2 décembre 2013, tout au moins pour une courte durée (5A\_799/2013, c. 6). Acharnement des juges ?

*Enlèvement d'enfant – Résidence habituelle de l'enfant en Norvège – Autorité parentale conjointe – Pas de risque grave pour l'enfant, accompagné au retour par sa mère – Retour ordonné en Norvège*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5 août 2013, 5A\_504/2013

L'arrêt contient un examen détaillé de la notion de résidence habituelle, suivant une jurisprudence constante (c. 2.3.1); la mère avait quitté la Norvège sans respecter les droits du père, détenteur de l'autorité parentale conjointe en vertu du droit norvégien (c. 2.3.2). Le père avait consenti au départ pour trois mois uniquement (c. 3.1). Il est admis qu'une séparation d'un enfant de 18 mois de sa mère implique un risque grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La Haye de 1980, cependant sans pertinence ici du fait qu'il n'était pas contesté que la mère allait accompagner son enfant au retour. L'arrêt cantonal a été corrigé sur un point, le retour n'étant pas

à ordonner vers un lieu déterminé, mais simplement «en Norvège». C'est la première fois que le Tribunal fédéral présente une motivation de cette pratique. Il est expliqué que la Convention n'irait pas plus loin que d'exiger le retour dans l'autre Etat contractant (c. 5.1), sans qu'il ait lieu de désigner un endroit déterminé. On n'entend donc pas assurer complètement le rétablissement du *statu quo ante*, pourtant rappelé comme le principe de base dans le même arrêt (c. 2.1). Dans certains cas, cette pratique n'est pas satisfaisante et se met en travers de l'efficacité du régime conventionnel. Certes, il n'y a normalement pas de difficultés à escompter lorsque la mère est disposée à respecter le jugement et à assurer le retour de l'enfant en sa compagnie, ce qui les mène en règle générale dans le même lieu de vie que celui d'avant leur départ. Cependant, il convient d'avoir en vue les hypothèses dans lesquelles la mère ne révèle pas sa réaction en cas d'ordonnance de retour ou qu'elle s'y déclare d'emblée opposée. Si la Convention ne permet pas d'aller plus loin que d'exiger le retour dans le pays de la résidence habituelle, sans désigner de lieu, non seulement le ravisseur est libre de choisir la destination de l'enfant, mais encore, le tribunal suisse ordonnant son retour ne peut exiger de lui de déclarer son choix. Dans ces conditions, les autorités suisses éprouveront des difficultés pour organiser le retour si celui-ci devait avoir lieu sous la contrainte. En effet, suivant l'interprétation du Tribunal fédéral, la Convention ne les autorise pas à choisir le lieu de destination ; de surcroît, la compétence pour ordonner une mesure protectrice permettant de passer outre la volonté, respectivement le silence, du détenteur de l'autorité parentale ne leur appartient pas, cette compétence étant réservée aux autorités étrangères du pays de la résidence habituelle de l'enfant. Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral n'a pas tenu compte de l'art. 11 al. 1 LF-EEA, selon lequel toute décision ordonnant le retour de l'enfant doit être assortie de mesures d'exécution. Pour être efficace et utile, une telle mesure doit nécessairement comprendre l'indication du lieu de destination. S'il s'agit d'un grand pays, ce lieu doit raisonnablement être le lieu de la résidence habituelle ou se trouver à proximité.

*Enlèvement d'un enfant non encore née? – Départ de la mère du domicile conjugal avant la naissance, suivi d'un accouchement à New York et d'une installation en Suisse*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 12 juin 2012, 5A\_346/2012

On mentionnera ici en passant cette curieuse affaire, qui mériterait un débat à part, s'agissant de la situation juridique du *nasciturus*. On doit comprendre le dépit du père : le couple est établi à Athènes, son épouse enceinte le quitte avant l'accouchement pour ne plus y revenir. Et il ne peut rien faire pour récupérer son enfant, se retrouvant avec un droit de visite à distance et surtout une lourde obligation d'entretien. Pour pouvoir appliquer la Convention de La Haye de 1980, il aurait fallu que l'enfant non encore né ait partagé la résidence habituelle de la mère à Athènes. Or, nous dit le Tribunal fédéral, le *nasciturus* ne pouvait se constituer une quelconque résidence habituelle à Athènes, car cela implique nécessairement «une présence physique à un endroit donné» (c. 4.4). Le raisonnement est bien court, car sa présence physique, dans le ventre de sa mère, était manifeste. Il est également dit,

maladroitement, que «la résidence habituelle de l'enfant doit être définie séparément de celle de ce parent» (c. 4.4), alors que l'arrêt rappelle, dans un considérant qui précède (c. 4.1), qu'une telle résidence «coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents». Il conviendrait ainsi d'ouvrir un débat plus large sur la notion de résidence d'un enfant non encore né, ce en tenant compte d'un arrêt en sens opposé de la Cour de cassation française, du 26 octobre 2011 (Rev.crit. 2012 p. 599, suivi des observations de A. Fiorini, ICLQ 2012 p. 530–540).

*Entrave au droit de visite – Mandat d'arrêt américain – Détention à des fins d'extradition injustifiée ou illicite ?*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit public, 19 novembre 2012, Elena Arnaud Bonar, 2C\_397/2012 – Sem.jud. 2013 I p. 136 (extrait)

L'arrêt met un point final à une histoire dont on peine à croire qu'elle puisse se produire en Suisse. La partie essentielle a déjà été relatée dans cette Revue (2007 p. 366–369). Arrêtée en Suisse au retour d'un voyage qui devait la conduire en Russie, avec son second mari et ses enfants, M<sup>me</sup> Arnaud Bonar a dû attendre du 18 octobre 2006 au 30 janvier 2007 avant d'être libérée de la prison de Coire où la Police fédérale l'a placée en vue d'extradition sur le fondement d'un mandat d'arrêt américain, dont la teneur était d'abord insuffisante, puis améliorée sur la base des conseils fournis par l'Office fédéral de la justice aux autorités américaines. L'Office fédéral s'est donné du temps avant de refuser l'extradition; une fois cette décision prise, M<sup>me</sup> Arnaud Bonar pouvait solliciter sa libération, ordonnée par le Tribunal pénal fédéral le 11 janvier 2007 (BH.2006.33). C'était sans compter avec un prolongement de mise en détention aussitôt ordonné par l'Office fédéral, suivi d'un nouveau recours, admis à nouveau par le Tribunal pénal fédéral (RR.2007.1) au motif, entre autre, d'une «violation crasse de l'art. 13 al. 4 TEXUS» (le Traité d'extradition avec les Etats-Unis, RS 0.353.933.6). L'épilogue porte sur l'indemnisation de M<sup>me</sup> Arnaud Bonar pour la durée de sa détention. Elle a été admise par le Tribunal pénal fédéral pour la période du 18 octobre au 30 novembre 2006, pendant laquelle la détention était injustifiée, la Suisse n'ayant pas disposé d'une demande formelle d'extradition. Pour la période qui suit, le Tribunal pénal fédéral jugeait que la détention était devenue illégale et il a transmis le dossier au Département fédéral des finances. Or, celui-ci a refusé la demande et il n'a pas fait mieux après s'être fait renvoyer une nouvelle fois le dossier, cette fois par le Tribunal administratif fédéral qui jugeait également que la détention était devenue illégale dès le 1<sup>er</sup> décembre 2006. C'était sans compter avec l'obstination de ce Département qui a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral pour trouver un accueil plus compréhensif, cependant uniquement pour la période du 1<sup>er</sup> au 17 décembre, tandis que le caractère illicite de la période subséquente jusqu'à la libération (le 30 janvier 2007) a été admis. Cela lui a réussi, le comportement de l'Office fédéral de justice pendant ces 18 jours étant dorénavant qualifié de simplement «injustifié» mais non «illicite», avec les conséquences que cela implique au niveau de l'indemnisation. Le Tribunal fédéral estime en effet que ledit Office a dû «procéder préalablement à une analyse juridique approfondie» (c. 4.3.3). La situation était pourtant limpide, mais pas au point de briser l'écran de protection dont les fonctionnaires fédéraux ont pu jouir en l'espèce. En

effet, la requête américaine d'extradition du 29 novembre 2006 reposait sur un acte d'accusation couvrant une période antérieure au 13 mai 1999, pendant laquelle le père jouissait exclusivement d'un droit de visite, sans aucune prérogative rattachée à l'autorité parentale. Il manquait donc manifestement le respect du principe de la double-incrimination par rapport à l'art. 220 CP. Qu'il ait fallu neuf jours ouvrables à la Police fédérale pour comprendre (c. 4.3.10), ce en tenant compte du besoin d'interprétation de la demande (de l'anglais, n'oublions pas!), dépasse l'entendement, ce d'autant qu'il lui était loisible de consulter les collègues de bureau du service de protection internationale des enfants et que face à une mère emprisonnée, la diligence la plus expéditive était requise. L'Office fédéral de la justice s'est encore cru fondé à reprocher à M<sup>me</sup> Arnaud Boner un enlèvement d'enfant, au vue d'une décision américaine prise le 20 août 1999, retirant à celle-ci la garde des enfants, dorénavant confiés au père, décision qui n'a jamais été notifiée ni portée à la connaissance de la mère. Il est désespérant de constater que pour le Tribunal fédéral, il faut neuf jours, sans compter le week-end, pour comprendre qu'il y a là une violation flagrante de l'ordre public du droit de la défense, rendant impossible de se fonder sur une telle décision pour en déduire que son non-respect entraîne une incrimination selon le droit suisse.

*Succession – Ressortissant italien domicilié au Tessin et décédé à Milan – Testament ne laissant pas de doute quant à la volonté du défunt de soumettre sa succession au droit suisse – Traité avec l'Italie de 1868 – Professio iuris admise*  
Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 22 mars 2012, 4A\_458/2011 –  
ATF 138 III 354, Praxis 2012 n° 130 p. 931, AJP 2013 p. 457, obs. O. Arter, RtiD 2012 II n° 12c, p. 806.

L'affaire est remontée pour la seconde fois au Tribunal fédéral. Dans un premier arrêt, du 26 juillet 2010 (ATF 136 III 461, RSDIE 2012 p. 339), il a été constaté que la Tribunaie d'appello du Tessin devrait élucider la question de la présence d'une clause de choix de la loi applicable, dont il s'agirait de tenir compte lors de l'application du Traité, dont l'interprétation constante, consistant en l'application de la loi nationale, était désuète. Une *professio iuris* pourrait alors s'avérer pertinente, soit directement, soit par le biais du renvoi du droit international privé italien, qui l'admet également. Le Tribunaie d'appello a choisi cette seconde solution, cependant sans compter avec la censure du Tribunal fédéral, qui lui répond sèchement qu'il avait visé uniquement l'hypothèse d'une *professio iuris* directe au droit suisse (c. 3.2). Il suffit de relire le premier arrêt pour constater que tel n'était pas le cas et que la Cour tessinoise a bel et bien choisi l'une des possibilités d'interprétation que le Tribunal fédéral a déclaré comme l'une parmi plusieurs solutions envisageables.

*Succession – Citoyen suisse décédé à son dernier domicile en République dominicaine – Compétence suisse subsidiaire – Exigence de saisir l'autorité étrangère compétente*  
Tribunal cantonal de Fribourg, 7 novembre 2012, RFJ 2012 n° 23 p. 215

Il peut certes paraître parfois aléatoire que l'autorité compétente du lieu du domicile va concrètement se charger de la dévolution successorale d'un étranger, disposant en l'espèce d'un bien immobilier. Il peut s'avérer encore plus difficile d'apporter la preuve (négative) du désintérêt de l'autorité locale. Cependant, le principe de la subsidiarité de la compétence suisse ne doit pas être contourné pour de simples raisons de commodité. Il faut donc exiger la démonstration que des démarches ont été entreprises afin de solliciter de l'autorité étrangère compétente la délivrance d'un certificat d'héritiers, notamment dans une situation où celle-ci n'agit que sur requête et non pas d'office.

*Succession – Défunt et héritiers tous brésiliens domiciliés au Brésil – Action en reddition de comptes contre l'une des héritières et une banque suisse.*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 17 décembre 2012, 5A\_136/2012 et 5A\_137/2012

De façon classique, le litige est relatif au devoir de la banque de rendre compte aux héritiers des comptes laissés par leurs parents en Suisse. La controverse porte sur un arrêt antérieur du Tribunal fédéral du 30 mai 2008 (5C.291/2006, cf. obs. A. Schröder, *in Successio* 2009 p. 299), dans lequel il a été constaté que la requête d'information relevait de l'art. 88 al. 1 LDIP et qu'il n'était pas nécessaire qu'il soit démontré que des biens du défunt se trouvaient en Suisse, sans que soit tranchée la question du moment déterminant, qui pouvait être celui du décès ou celui du dépôt de la requête. L'Obergericht de Zurich en avait déduit que l'exception d'incompétence invoquée par l'une des héritières, s'agissant également de la dévolution successorale, avait été rejetée par le Tribunal fédéral. Le nouvel arrêt constate que l'arrêt de 2008 n'allait pas aussi loin, si bien que l'Obergericht doit reprendre la question, jugeant de sa compétence pour statuer sur une action intentée le 4 mars 2004 déjà. Il confirme en revanche une autre partie du jugement zurichois, rappelant que la banque doit donner aux héritiers (en l'espèce des héritiers réservataires selon le droit brésilien) les informations disponibles dans la même mesure dans laquelle elle aurait dû les donner au défunt selon le contrat de mandat conclu avec celui-ci, ce qui ne comprend pas, cependant, les biens patrimoniaux par rapport auxquels le défunt ne disposait que d'un intérêt économique (c. 4.1-4.3).

*Succession – Citoyen britannique décédé à son dernier domicile à Genève – Mesures de sûreté*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 mars 2013 – 5A\_763/2012

L'affaire a déjà occupé le Tribunal fédéral lorsqu'il s'agissait de juger de la validité d'un codicille (ATF 12.4.2012, 5A\_436/2011, AJP 2013 p. 1695, obs. O. Arter), puis de la modification de l'inventaire de la succession (ATF 18.12.2012, 5A\_434/2012, Sem.jud. 2013 I p. 479, AJP 2013 p. 1534, obs. O. Arter). Cette fois, la controverse portait sur le refus des juridictions cantonales d'ordonner comme mesure de sûreté la remise en mains de la justice d'avoirs d'une structure de trust ne constituant cependant pas des biens de la succession. Or, une telle mesure, censée se substituer aux scellés, ne peut viser des biens qui ne sont pas dans la succession et dont le



défunt n'avait au demeurant pas la possession. La règle de conflit applicable était l'art. 92 al. 2 LDIP, soumettant les mesures conservatoires au droit suisse lorsque, comme en l'espèce, la dévolution successorale était régie par le droit anglais, en vertu d'une *professio iuris* (c. 2, de même l'arrêt du 18 décembre 2012, c. 3, s'agissant de l'inventaire au sens de l'art. 553 al. 1 CC, dont il est précisé qu'il comprend les biens sis à l'étranger).

*Succession – Défunte de nationalité espagnole et domiciliée en Espagne – Inventaire successoral*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 21 juin 2012 – 5A\_892/2011

La défunte vivait séparée de son mari depuis plusieurs années, en continuant cependant à être assujettie fiscalement en Suisse. Un inventaire fiscal a fait état de biens en Espagne, mais d'aucun compte bancaire en Suisse. La requête de deux enfants tendant à l'établissement d'un inventaire successoral a été rejetée par les juridictions cantonales, sans être démenties par le Tribunal fédéral. Le domicile de la défunte étant en Espagne, une compétence suisse ne pouvait être fondée sur l'art. 86. Elle ne pouvait l'être non plus sur les art. 88 et 89, dès lors qu'il n'a pas été rendu vraisemblable que les autorités espagnoles ne s'occupaient pas des parts de succession sises en Suisse et que la requête en inventaire, sollicitée plus de 15 mois après le décès, ne visait pas à sauvegarder les valeurs de la succession, mais à assurer la dévolution de l'hérédité. En effet, les mesures prévues aux art. 551 à 554 CC peuvent être prononcées en vertu de l'art. 89 LDIP en tant que mesures nécessaires à la protection provisionnelles des biens, visant exclusivement la sauvegarde des valeurs patrimoniales. L'inventaire successoral au sens de l'art. 553 al. 1 CC, en revanche, a pour but de déterminer la consistance du patrimoine du défunt afin d'assurer la correcte et entière dévolution des biens du défunt, également sur le territoire suisse. Or, la compétence pour ce faire sort de l'art. 89 et relève de la compétence des autorités espagnoles chargées de la dévolution de la succession. La situation semble claire en l'espèce, elle ne l'est cependant pas de manière générale. Car distinguer entre une « mesure de sûreté à caractère provisoire ne réglant pas le fond du litige » et celle qui tend à assurer « la correcte et entière dévolution des biens » est parfois délicat ou impossible ; le Tribunal fédéral y parvient ici parce que la mesure visant le fond le fait « exclusivement » (c. 5.2). La distinction semble d'autant plus inadéquate étant donné que les mesures de sûreté des art. 552–559 CC sont définies par la loi comme étant « nécessaires pour assurer la dévolution de l'hérédité » (art. 551 al. 1 CC). La décision sur le champ de compétence fondé sur l'art. 89 dépend donc non de l'appellation des mesures disponibles en droit civil suisse, mais de leur effet concret recherché dans le cas particulier. Suivant cette ligne, la mesure qui vise la sauvegarde de biens successoraux relève de l'art. 89, mais non celle qui entend consolider le règlement futur de la dévolution successorale. Lorsque ces deux objectifs sont combinés dans le cas particulier, la compétence de l'art. 89 devrait l'emporter.

*Succession – Ressortissant égyptien décédé à Paris – Actifs mobiliers dans plusieurs pays ainsi qu'en Suisse – Présentation par les héritiers d'un « acte d'hoirie » égyptien – Conditions de forme*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 septembre 2012 – 5A\_344/2012

Des héritiers souhaitaient avoir accès aux actifs déposés dans deux banques genevoises. Ils présentaient à cet effet un « acte d'hoirie » prononcé par un tribunal égyptien. Leur requête fut jugée irrecevable par les juridictions genevoises pour le motif que l'acte n'avait pas été produit en original ni muni d'une attestation qu'il n'était plus susceptible de recours et était définitivement entré en force. Le Tribunal fédéral rappelle une jurisprudence constante que, dans le contexte de l'art. 29 al. 1 sur les pièces à produire en vue de la reconnaissance et de l'exécution d'un acte étranger, il convient d'éviter tout formalisme excessif; les exigences visées ont pour seul but de fournir, par un moyen de preuve formel, la certitude que la décision est authentique et qu'elle a acquis force de chose jugée; leur absence n'entraîne toutefois pas le refus de l'exequatur, si l'authenticité de la décision et le fait qu'elle est passée en force ne sont pas contestés ou ressortent des autres pièces du dossier (c. 4.3). En l'espèce, les recourants n'ont d'abord pas pu produire l'original de l'« acte d'hoirie », mais seulement une copie. Ensuite, en annexe à un recours, ils ont produit l'original ou, à tout le moins, une version avec des tampons et une apostille originaux ainsi que d'autres signatures officielles. De plus, l'intimée n'avait pas formulé d'objections en première instance, ni devant des instances étrangères où l'acte a également été présenté. Enfin, l'acte exprimait la succession légale de manière conforme au droit égyptien. Les autorités genevoises sont ainsi tombées dans l'arbitraire en refusant un acte dont elles disposaient depuis le dépôt d'un recours cantonal et en contraignant les recourants à déposer une nouvelle requête aux seules fins d'attester un fait déjà acquis (c. 4.4).

*Succession – Convention d'établissement avec l'Iran de 1934 – Qualification de l'action en restitution de biens et en reddition de compte*

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 2 avril 2014, 5A\_947/2013

La seule question litigieuse ayant été celle de la prescription des actions, il a fallu tout d'abord qualifier celles-ci. Témoignant du manque de formation en droit international privé des juges et de leurs greffiers, cette qualification doit se faire selon le « droit interne suisse » (c. 3.1, 3.3.5). La qualification des notions de successions et de contrats relève du droit international privé suisse et, en l'espèce, de la Convention avec l'Iran, dont les auteurs n'ont sans doute jamais songé à s'en remettre à cet égard à la loi interne suisse. Le demandeur se prévalait de sa qualité d'héritier unique et réclamait le recouvrement d'une créance liée à un mandat de gestion donné par feu son père à un oncle. Or, ce faisant, il exerçait l'action qui appartenait déjà au défunt de son vivant, tirant ainsi sa légitimité matérielle d'une action personnelle fondée sur le droit contractuel, en l'espèce un mandat régi par le droit suisse.



