
SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406 www.sriel.ch

The Review is published five times a year by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht / Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Prof. Dr. Lorenz Langer, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Christina Neier

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor (christina.neier@sriel.ch). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: www.schulthess.com
Managing Publisher: Firas Kharrat
Product Manager: Dr. des. Laura Diegel

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
Address: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 258
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 248, for students CHF 128
Single issue: CHF 78, plus postage
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).
Preferential subscription on presentation of a valid document. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.
For further information see www.schulthess.com.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Marc Schärtin, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Sträfa, Tel. +41 44 928 56 17,
E-Mail: marc.schaettin@fachmedien.ch

COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

FREQUENCY

The Review is published five times a year, volume 30

CITATION

30 SRIEL (2020) p. 1

INTERNET

www.sriel.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

SVIR-TAGUNG 2019

Neue Entwicklungen im Internationalen Privatrecht (Daniel Girsberger & Fabian Loretan)	341
Completing a long-awaited puzzle in the landscape of cross-border recognition and enforcement of judgments: An overview of the HCCH 2019 Judgments Convention (Ning Zhao)	345
Entwicklungen und Tendenzen im Internationalen Erbrecht und die damit verbundenen Neuerungen im IPRG: Ein Überblick über die IPRG-Revision des 6. Kapitels (Barbara Graham-Siegenthaler & Philipp Eberhard)	369
Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Revision des 12. Kapitels IPRG (Daniel Girsberger & Fabian Loretan)	391

RECENT PRACTICE

Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2019/2020) (Jürg Borer)	409
Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille (Andreas Bucher)	425

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher*

Table des matières

- I. Nom de l'enfant
- II. Action en désaveu de paternité
- III. Reconnaissance d'enfant
- IV. Enlèvement d'enfant
- V. Arrêts en bref

I. Nom de l'enfant

Parents mariés, la mère étant Suisse, le mari ressortissant de Trinité-et-Tobago. Mariage célébré en Nouvelle-Zélande, avant le déménagement en Suisse. Epouse portant le double nom A B selon le droit suisse, le mari le nom A-B à la suite d'un changement de nom effectué en Angleterre. Nom de l'enfant régi par le droit suisse qui commande le choix entre les noms de célibataires des parents.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 novembre 2019, 5A_73/2019

L'objet litigieux est minuscule : un trait d'union. Le père de l'enfant s'appelle « A–B » à la suite d'un changement de nom déclaré à Londres en 2012. La mère est enregistrée en Suisse sous le nom « A B ». Pour permettre une lecture plus aisée, on choisira pour ces deux noms *Alpha* et *Bêta*.

On aurait voulu faire porter à l'enfant né en 2018 un nom de famille commun à ses parents, mais pour y parvenir, il manque un trait d'union. Le mariage des parents ayant eu lieu à l'étranger avant leur déménagement en Suisse, on s'attend à ce que des questions de droit international privé soient évoquées dans l'arrêt. Les requérants, comparaissant sans avocat, n'ont pas aidé. Pour le Tribunal fédéral, c'est comme si le principe *iura novit curia* s'arrêtait devant le droit international privé.

L'enjeu a pour centre une particularité bizarre du droit suisse sur le nom de famille, qui consiste à ce que l'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage (art. 270 al. 1 CC). Dans le cas présent, les parents se sont mariés à l'étranger et n'ont pas songé à un tel choix. Ils

* Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

devraient le faire lors de la naissance de leur premier enfant (par analogie à l'art. 270 al. 2 CC, comme le préconise l'art. 37 al. 2 OEC). Quoi qu'il en soit du moment déterminant, les cas ne sont pas rares dans lesquels aucun des parents ne porte encore son nom de célibataire ou celui de son conjoint, ce qui aboutit à attribuer à l'enfant un nom qu'il ne partage avec aucun de ses parents. Pour le Tribunal fédéral, c'est au législateur de corriger les effets pervers de cette solution (consid. 4.2). Il relève également que les droits de l'homme et ceux de l'enfant ne vont pas jusqu'à empêcher que l'enfant ne doive pas porter un nom qui n'est pas celui des parents ou de l'un d'eux (consid. 4.3).

Curieusement, l'arrêt rend ce régime encore pire qu'il ne l'est sur la base du texte. En effet, suivant sur ce point une prise de position de l'Office fédéral de la justice fournie dans le cadre de cette procédure, lorsque le nom de célibataire d'un parent avait été changé avant le premier mariage, ce nouveau nom ne serait déterminant qu'à la condition d'avoir été changé avec effet rétroactif à la date de la naissance (consid. 3.2.3). L'interprétation de l'Office est absurde. S'il devait exister des changements de nom ayant un effet rétroactif, voudra-t-on que tous les actes établis sur la base du nom de célibataire antérieur doivent être corrigés, étant donné que le nom qui y figure n'a plus d'existence juridique, après avoir été effacé par un effet rétroactif *ex tunc* du nouveau nom ? Au cas où la mère aurait changé de nom par décision après la naissance d'un enfant, mais avant de célébrer son premier mariage, faudrait-il alors également corriger le nom de son enfant, étant donné que ce nom ne saurait dériver du nom antérieur de sa mère qui n'existe plus ? Au niveau du registre, si le changement de nom était assorti de l'effet rétroactif, il remplacerait le nom antérieur partout et on n'aurait alors plus besoin de le faire figurer au registre spécialement. Or, ce n'est pas ce qui est fait. Un changement de nom est une donnée de l'état civil (art. 7 al. 2 lit. k OEC), indispensable pour distinguer entre le nom avant et le nom après cet événement. L'art. 24 al. 2 OEC semble être à l'origine de la confusion. Il est cité par l'arrêt (consid. 3.2.2) alors que la mention d'un changement du nom de célibataire dans cette disposition avait pour seul but de tenir compte d'une nouvelle possibilité de changement de nom de célibataire introduite par la loi sur le partenariat avec effet au 1^{er} janvier 2013 (art. 12a), comme l'explique le Commentaire officiel cité par l'arrêt (consid. 3.2.3). Cependant, il n'y a pas de rétroactivité lorsque l'art. 24 al. 2 OEC prévoit que le nom de célibataire peut être modifié par une décision de changement de nom : cette décision modifie le nom de célibataire, certes, mais elle le fait à partir du jour de cette décision, dans la mesure où ce nom est encore pertinent. Ainsi, lorsqu'au moment de l'enregistrement du partenariat, l'un des partenaires reçoit, à travers une décision de changement de nom, le nom de célibataire de son partenaire, en remplacement du sien, ce changement n'affecte son nom de célibataire qu'à partir de ce moment-là. En conclusion sur ce point, lorsqu'une personne a changé de nom de célibataire avant de se marier, son nouveau nom devient son nom de célibataire ; il ne se pose aucune question de rétroactivité au jour de la naissance.

De toute manière, en l'espèce, cette question d'interprétation ne se posait pas en ces termes, étant donné que le changement de nom du père dont il est question a été opéré à Londres en 2012, soit bien après la conclusion du mariage en 2010. Il ne pouvait donc corriger le nom de célibataire du père à un moment où celui-ci était déjà marié. Ce nom de célibataire était *Bêta*. Son épouse s'appelait, conformément au choix qu'elle aurait fait en Suisse, *Alpha Bêta*. Depuis son changement de nom, son mari est devenu *Alpha-Bêta*. En conséquence, si on pouvait sauver ce trait d'union, l'enfant aurait pu s'appeler *Alpha-Bêta* comme son père.

Il convient d'approfondir cette problématique. Le Tribunal fédéral croit pouvoir déduire de la déclaration effectuée par le père à Londres que celui-ci n'aurait pas voulu attribuer au choix de son nouveau nom un effet rétroactif (consid. 3.2.4). Il y fut déclaré que le soussigné adopte le nom *Alpha-Bêta* « depuis la date de la présente déclaration » et qu'il renonce « absolument » et « entièrement » à l'usage de son précédent nom *Bêta*. Faute d'autre précision, cela ne montre nullement que cette renonciation à l'ancien nom et son remplacement par le nouveau nom n'auraient pas pu changer le nom de célibataire pour les effets qui lui seraient encore attribués à l'avenir. La question de la rétroactivité ne se posait pas, et le Tribunal fédéral omet d'ailleurs d'en vérifier la pertinence au regard du droit anglais régissant ce changement de nom. L'arrêt renvoie à une déclaration unilatérale du père, sans mentionner aucune décision ou enregistrement qui attesterait de sa validité et permettrait de vérifier son prétendu effet rétroactif. Ce qui importe, c'est la date du changement de nom, qui se situe en l'espèce en 2012. Au registre suisse de l'état civil, le mari figure avec son nouveau nom *Alpha-Bêta*, avec la mention *Bêta* pour son nom de célibataire.

L'arrêt se borne à constater que ce changement de nom a été reconnu en Suisse et inscrit sur le registre de l'état civil. Cette opération a dû se faire conformément à l'art. 39 LDIP, ce qui suppose qu'il était valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant. Celui-ci ayant été établi en Suisse, la validité du changement de nom a donc dû être confirmée au regard du droit de Trinité-et-Tobago. Bien que l'arrêt ne précise nulle part la nationalité de l'enfant, on doit partir de l'idée que celui-ci s'est vu attribuer la nationalité de son père, en plus de celle de sa mère.

D'après l'arrêt, le nom de la mère serait *Alpha Bêta* comme il fut inscrit sur le registre en Suisse. Cela ne va pas de soi. On sous-entend qu'elle a choisi de soumettre son nom au droit suisse (art. 37 al. 2). Devant le Tribunal fédéral, les époux ont cependant argumenté que les autorités de l'état civil auraient par mégarde omis de placer un trait d'union entre les deux noms *Alpha* et *Bêta*. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur ce point de l'argumentaire des recourants (consid. 4.1). Comme on va le voir encore, il aurait pourtant été d'un intérêt certain pour l'analyse du cas. Car par leur refus du nom *Alpha Bêta* tel qu'il fut inscrit sur le registre, les époux mettent à néant l'éventualité d'un choix du droit suisse effectué par l'épouse. La fiction que le choix d'un double nom selon le droit suisse emporte une soumission à la loi suisse, comme l'affirme l'art. 14 al. 3 OEC, ne peut l'emporter lorsqu'elle n'est pas conforme

à la réalité, du fait qu'aucune demande fondée sur l'art. 37 al. 2 LDIP n'a été articulée. Le Tribunal fédéral fait l'impasse sur ce problème et met le doigt sur un élément assez curieux du droit suisse.

En fait, les époux contestaient l'écriture faite dans la pratique suisse sur la base de l'art. 160 al. 2 CC dans sa version d'avant 2013, qui consistait à permettre à l'épouse de faire précéder le nom de famille du mari de son nom d'avant le mariage, les deux noms n'étant pas reliés par un trait d'union. Or ce dernier élément ne ressortait ni du Code civil ni de l'Ordonnance sur l'état civil, mais simplement d'un Manuel édité par l'Office fédéral de la justice. Cette façon d'écrire les doubles noms féminins s'est ensuite répandue à travers les instructions en matière d'état civil, accompagnée de l'explication que l'on pouvait ainsi distinguer ces noms des noms d'alliance, rattachés au nom de famille par un trait d'union. Le point intéressant est que le Tribunal fédéral y reconnaît un droit coutumier, dont on ne connaît plus que très peu de cas en droit civil (consid. 4.1). En réalité, il y a une distinction subtile à faire : l'absence de trait d'union n'est du droit coutumier que pour les besoins du registre de l'état civil dont les effets ne vont pas plus loin que de présumer l'exactitude des faits constatés (art. 9 CC). Une action d'état qui aurait tenté de contester l'exactitude de l'inscription du double nom féminin aurait été possible, mais n'a jamais eu de succès.

L'actualité fournit une autre illustration. Le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales un projet de modification du Code civil relatif au changement de sexe à l'état civil (n° 19.081, FF 2020 p. 779–834). Il y est proposé de ne pas dévier, pour l'instant tout au moins, du modèle binaire masculin/féminin dont il est dit qu'il serait profondément ancré dans la culture et la société (FF 2020 p. 793). Est-ce du droit coutumier ? Le Conseil fédéral ne va pas aussi loin. En l'état, on devrait l'admettre, car à défaut, le modèle binaire serait dépourvu de base légale. Curieusement, en effet, l'art. 39 al. 2 CC n'énumère pas le sexe en tant que fait d'état civil. Le sexe n'apparaît qu'au seul niveau de l'OEC, étant précisé, cependant, qu'il y figure simplement en tant que donnée traitée dans le registre (art. 8 lit. d OEC) et non en tant que donnée de l'état civil (art. 7 OEC, avec l'exception du changement de sexe, al. 2 lit. o). De surcroît, l'Ordonnance ne précise pas de quel sexe il s'agit. Le simple mot « sexe » n'implique pas qu'il ne puisse pas exister un sexe autre que masculin ou féminin ; il en découle uniquement que cette rubrique ne peut rester vide. La binarité semble être consacrée par la gestion informatique du registre, qui doit pouvoir s'adapter. En effet, il serait trop simple de se rabattre sur l'art. 40 LDIP qui subordonne la transcription d'un nom étranger à l'observation des « principes suisses sur la tenue des registres », comme le soutient le Conseil fédéral, sans s'expliquer (FF 2020 p. 823). De tels principes sont reconnus s'agissant de l'emploi de certaines langues étrangères. Il n'y a pas de place non plus pour des noms nobiliaires. Mais en ce qui concerne le sexe, il y a simplement un usage de mentionner masculin ou féminin. Il n'existe pas de principe consacré de l'impossibilité d'inscrire un sexe autrement. La situation est ennuyeuse, certes, mais la base légale pour la binarité est extrêmement faible si l'on ne veut pas se

résoudre à accepter qu'il s'agit d'un droit coutumier. Au demeurant, il semble bien que cette binarité a déjà quitté la Suisse depuis un bon moment, sans que l'on s'en aperçoive, tout au moins à en croire la lecture du Message. En effet, le sexe X (respectivement « sexe non spécifié ») fait partie de l'acquis de Schengen, fondé sur l'Arrêté fédéral du 13 juin 2008 (RO 2009 p. 5521) qui approuve le Règlement 2252/2004 sur les documents d'identité (JO 2004 L 385, p. 1), suite à l'échange de Notes entre l'UE et la Suisse qui déclare accepter son contenu (RS 0.362.380.021). Au considérant 3, ce Règlement renvoie aux spécifications fournies par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) dans le document 9303 sur les documents de voyage lisibles à la machine (7^e éd., 2015) qui est également mentionné à l'annexe au sujet des données personnelles. Ce document indique que le sexe est mentionné par F, M ou X (partie 5, p. 11). La Suisse est liée par cette instruction. Depuis 2008, elle disposait de tout le temps nécessaire pour aligner le registre et son support *Infostar* sur cette exigence.

Dans l'espèce remise aux soins des Juges fédéraux, il semble donc qu'il n'y ait pas d'issue. La mère s'appelant *Alpha Bêta* et le père *Alpha-Bêta*, il n'y a pas de nom de famille commun que l'enfant pourrait reprendre. Pour porter le nom *Alpha-Bêta*, comme son père, il faudrait que ce nom soit son nom de célibataire. Or, nonobstant le changement de nom opéré en 2012, le nom porté par le mari avant son mariage était *Bêta*. Ce changement de nom a corrigé le nom d'homme marié, mais non celui qu'il portait effectivement depuis son jeune âge. L'enfant devient soit *Alpha*, soit *Bêta*, conformément au choix que le Tribunal fédéral ordonne aux parents de faire dans un délai de deux mois, sans préciser ce qui devrait se passer si les parents refusent de s'y plier. Il ne peut recevoir le nom de *Alpha-Bêta*.

La seule issue consiste alors dans une procédure de changement de nom. Celle-ci, dit l'arrêt, pourrait servir à assurer à l'enfant l'identité de son nom avec le nom de l'un de ses parents (consid. 4.3). Elle devrait cependant servir également à éviter que l'enfant soit placé dans une situation boiteuse. En effet, l'enfant porte déjà le nom *Alpha-Bêta*, et ce depuis la naissance. L'arrêt ne le mentionne pas, car les parents ne semblent pas l'avoir allégué. Ce changement de nom du père à Londres ne pouvait être reconnu autrement qu'en raison de sa validité dans l'Etat Trinité-et-Tobago, conformément à l'art. 39 LDIP. Dans cet Etat, le père porte le nom de famille *Alpha-Bêta*. On peut présumer que ce nom du père a été transmis à son enfant, étant de la même nationalité. Dans cet Etat, l'enfant s'appelle donc *Alpha-Bêta*. Cependant, le choix de la loi nationale selon l'art. 37 al. 2 LDIP ne peut se faire qu'en faveur de la loi de la nationalité effective. L'enfant étant né en Suisse et vivant en Suisse, celle-ci est suisse. Le nom qu'il porte sur une île lointaine ne peut donc être incorporé en Suisse.

On se demandera néanmoins si on n'aurait pas pu s'y prendre autrement. Lors de leur mariage, les époux n'étaient pas encore établis en Suisse. Ils y sont venus « peu après ». Faute d'autres éléments d'information dans l'arrêt, on peut supposer que le pays de leur mariage, la Nouvelle-Zélande, était également le pays de leur domicile. Dès lors, à ce moment précis, la loi régissant leurs noms de personnes mariées était la

loi désignée par le droit international privé de la Nouvelle-Zélande. Cette loi était probablement celle de ce pays et certainement pas la loi suisse. Lorsque les époux sont venus en Suisse et que l'épouse a procédé au choix de son double nom « à la Suisse », le droit suisse n'était pas la loi applicable à son nom (contrairement à ce qui ressort de la fiction de l'art. 14 al. 3 OEC). Le registre suisse n'allant pas plus loin que de fournir la présomption de l'exactitude des faits inscrits (art. 9 CC), l'enregistrement du double nom *Alpha Bêta* aurait pu être contesté. Il aurait fallu inscrire le nom de famille de l'épouse conformément à la loi néo-zélandaise. Quel était ce nom ? L'arrêt ne le dit pas. Il se borne à constater que le nom de la mère de l'enfant avant son mariage était *Alpha*. Il n'est pas dit ce qu'il est devenu lors du mariage. En quelque sorte, l'état de fait « saute » sur la période entre le mariage en Nouvelle-Zélande et l'inscription sur le registre suisse, dont on ne précise d'ailleurs pas la date. Que dira-t-on si le nom de l'épouse, conformément à la loi néo-zélandaise de son domicile au moment du mariage, était *Alpha-Bêta*, combinant son nom et celui de son mari au jour du mariage ? A suivre les informations du gouvernement sur son site, cela est parfaitement possible, à côté d'autres combinaisons de nom. Le double nom de la mariée pourrait expliquer que le mari, ayant conservé son nom *Bêta* à cette occasion, ait éprouvé le besoin de procéder à un changement de ce nom afin de l'aligner sur le nom de son épouse. Les deux époux seraient alors devenus *Alpha-Bêta*. C'est le nom de famille qu'ils alléguaient porter ensemble comme leur nom de famille. L'arrêt n'y répond point car il se borne à se rabattre sur le double nom *Alpha Bêta* tel qu'il fut inscrit au registre suisse en conformité à la loi suisse qui n'était pourtant pas la loi applicable en vertu de l'art. 37 al. 1 LDIP.

En conclusion, il y aurait eu moyen de sauver le trait d'union et de donner à l'enfant le nom *Alpha-Bêta*. Indépendamment des aspects juridiques, c'est un bel exemple pour le débat sur l'économie de la justice. Après presque deux ans de procédure à travers quatre instances, les parents n'ont pas obtenu le trait d'union qui manquait. Et pour finir leur course, on les renvoie à une procédure en changement de nom qui ne peut se terminer autrement que par l'attribution du trait d'union, en réservant par ailleurs l'action d'état (consid. 3.2.3). A l'origine de la débâcle se trouve l'office de l'état civil de Zollikon, qui n'a pas compris que ce cas mettait en jeu le droit international privé. Par la suite, jusqu'au Tribunal fédéral, il ne s'est trouvé aucun juge pour répondre à l'allégation des parents que leur nom commun était *Alpha-Bêta*, malgré l'inscription erronée dans le registre suisse. Pour enrichir le bouquet, il y a de quoi. Avec un dossier mieux préparé, le mieux serait peut-être pour les parents d'obtenir à Trinité-et-Tobago au nom de leur enfant une déclaration judiciaire de son nom, qui sera calquée sans doute sur le nom de ses parents. Cette déclaration devra être reconnue en Suisse, car rendue dans son pays national (art. 39 LDIP). Si la traversée par des procédures de transcription de ce nom (art. 32 LDIP) ne devrait pas aboutir, étant donné la résistance des mêmes autorités, il subsiste encore l'action d'état, que l'on

pourra mener par trois instances, sans oublier la CEDH qui comprendra que ce calvaire pour un trait d'union est loin d'un « procès équitable ».

On relèvera encore un élément intéressant de procédure. Le Tribunal fédéral a décidé de faire participer l'Office fédéral de la justice à la procédure (consid. 1.3). Il souhaitait sans doute recevoir des informations sur les conditions d'un changement de nom et la pratique de la formation des doubles noms. On est cependant étonné que les requérants se sont fait répondre que leur demande était vouée à l'échec et ne pouvait justifier une assistance judiciaire (consid. 5). Si le Tribunal fédéral s'est associé les services de l'autorité de Berne, c'était manifestement dans l'idée que le recours n'était pas d'emblée infondé et que son examen pouvait être soutenu utilement par le concours de connaissances émanant de l'administration de l'état civil. En lisant que l'Office aurait affirmé que le changement de nom de célibataire devait se faire avec effet rétroactif afin d'être pris en compte (consid. 3.2.3), des doutes peuvent naître cependant sur la qualité de sa prestation.

L'Office fédéral de la justice était sollicité pour se déterminer par écrit sur le recours (art. 102 al. 1 LTF). Pour ce faire, il devait avoir la qualité pour recourir. Celle-ci est prévue à l'art. 90 al. 4 OEC. Ayant été informé de la décision cantonale rendue en dernière instance (art. 90 al. 5 OEC), il aurait pu prendre une telle initiative lui-même; en l'espèce, il n'avait pas de raison de le faire étant donné que la décision cantonale correspondait à ses vues. Sa qualité pour recourir au Tribunal fédéral résulte par ailleurs de l'art. 76 al. 2 et, par extension, de l'art. 111 al. 2 LTF, s'agissant de la participation devant l'autorité cantonale précédente. De telles interactions entre le Tribunal fédéral et l'administration fédérale sont très rarement mises en œuvre. Elles seraient particulièrement bienvenues en matière d'enlèvement d'enfants où l'on n'est assuré ni d'un côté ni de l'autre que la Convention de La Haye de 1980 soit correctement appliquée et l'intérêt de l'enfant préservé.

II. Action en désaveu de paternité

Filiation – Enfant de nationalité suisse et marocaine, né en France mais vivant en Suisse lorsque le mari de la mère intente en Suisse l'action en désaveu de paternité – Moment déterminant pour la résidence habituelle – Intérêt prépondérant de l'enfant militant pour le moment de l'action – Action irrecevable en droit suisse car hors délai

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 28 novembre 2019, 5A_222/2018

La mère, de nationalité marocaine, a donné naissance le 26 mars 2012 à un enfant dont son époux, de nationalité suisse, a été inscrit dans le registre de l'état civil comme étant son père, alors qu'il n'était pas contesté, déjà à l'époque, qu'un autre homme était le père biologique, également domicilié en Suisse, mais décédé dans l'intervalle. Alors que des démarches en vue d'un divorce étaient entreprises en France et en Suisse et que la mère a vécu pendant plusieurs mois au Maroc, le père inscrit au re-

giste a finalement ouvert une action en désaveu par-devant le Tribunal de première instance de Genève, le 18 novembre 2015. Par jugement du 19 décembre 2016, le demandeur a été déclaré ne pas être le père de l'enfant, en application du droit français dont le délai de cinq ans pour agir en désaveu depuis la naissance était respecté. La Cour de justice, par contre, statuant par arrêt du 23 janvier 2018, a annulé ce jugement et débouté les parties de toutes leurs conclusions. Par son recours au Tribunal fédéral, le père tenta de renverser cette jurisprudence, qui fut approuvée par la mère, expliquant que le père savait depuis plusieurs années déjà qu'il n'était pas le père biologique mais n'avait pas voulu se décider à ouvrir action jusqu'en novembre 2015. L'enjeu était simple, mais sa résolution l'est moins. Le droit français conduirait à admettre l'action, tandis que pour le droit suisse, elle devait être déclarée tardive, partant irrecevable, étant donné que le père a laissé le délai d'un an échoir et n'avait pas de motif justifiant sa restitution.

L'art. 69 LDIP laisse à ce propos une grande incertitude dont le législateur ne voulait pas fixer la résolution. La résidence habituelle étant le point de rattachement déterminant, l'alinéa 1 se réfère au moment de la naissance, tandis que l'alinéa 2 autorise à se fonder sur la date de l'action « si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige ». Au jour de sa naissance, l'enfant et au moins l'un de ses parents vivaient en France. Le jour de l'action, l'enfant avait sa résidence habituelle en Suisse créant ainsi un for dans ce pays (art. 66). Selon que l'on se place au moment de la naissance ou au moment de l'action, c'est soit le droit français, soit le droit suisse qui s'applique, rendant l'action recevable, ou non. En rapportant la motivation de l'autorité genevoise, le Tribunal fédéral précise que le droit français était en principe applicable « sans double renvoi du droit marocain (nationalité de la mère) » (consid. 3.2). La remarque laisse songeur. Il semble qu'il faille comprendre qu'il n'y avait pas lieu de suivre un renvoi au second degré vers le droit marocain (sur la base de l'art. 311–14 CCF), étant donné que l'art. 14 al. 2 LDIP accepte uniquement un renvoi « retour », au premier degré, vers le droit suisse, inopérant en l'espèce étant donné que le droit international privé français désigne le droit national marocain de la mère. De toute manière, l'hypothèse même d'un renvoi au droit suisse est problématique, étant donné que les critères d'appréciation pour trancher entre les deux options sont essentiellement de droit matériel.

Le premier regard laisse penser qu'au fur et à mesure où l'on s'éloigne de la date de la naissance, le sort de la filiation s'éloigne également du droit alors applicable et s'approche du droit de l'environnement social de l'enfant au moment de l'action. Cela ne représente cependant qu'une première approche, car l'art. 69 al. 2 prend pour critère déterminant l'intérêt prépondérant de l'enfant, dont l'arrêt relève qu'il doit être pris au concret. Cet intérêt prend alors une tournure matérielle, en ce sens qu'il convient de privilégier la date de l'introduction de l'action lorsque la date de la naissance de l'enfant « lui est défavorable selon l'appréciation du juge, afin d'augmenter ses chances d'établir ou de clarifier sa filiation ». Cette considération n'a aucun lien

avec l'ordre public, mais elle implique que l'on inclut dans l'analyse le sort prévisible de la procédure à l'égard de l'enfant. Le Tribunal fédéral rappelle cependant que l'on ne saurait conclure que l'intérêt de l'enfant commanderait toujours d'appliquer le droit qui permettait d'entrer en matière sur l'action (cf. ATF 129 III 288 ss, 294). En revanche, est-il noté en conclusion, « il existe *a priori* un intérêt de l'enfant à voir appliquée la loi du pays où se trouve son centre de vie au moment de l'introduction de la procédure ». On revient ainsi au point de départ, rendant le raisonnement quelque peu circulaire. Le sort de l'analyse ne devient pas plus clair lorsque le juge reçoit pour instruction de ne pas envisager l'application de l'art. 69 al. 2 (en soi subsidiaire) « trop restrictivement » et de procéder à un examen de toutes les « circonstances concrètes » (consid. 4.1).

Dans le cas particulier, la Cour de justice genevoise avait rassemblé un ensemble d'éléments qui laissaient clairement pencher la balance en faveur du rattachement au droit suisse. En effet, le rejet de l'action en désaveu permettait à l'enfant de garder son nom de famille et la nationalité suisse, à développer potentiellement un lien socio-affectif avec le recourant, à maintenir son centre de vie en Suisse où il se trouve depuis 2015 au plus tard, ce qui permet au surplus l'application d'une loi unique à la contestation et aux effets de la filiation (art. 83 al. 1 LDIP). Il est également noté que le recourant avait tergiversé et finalement renoncé à déposer son action en désaveu de paternité en France. Au demeurant, les intérêts de l'enfant étaient également préservés du fait qu'en droit suisse, il disposait encore de la possibilité de désavouer lui-même son père juridique pendant toute sa minorité et encore pendant une année après avoir atteint sa majorité (consid. 4.4). Ce dernier argument est cependant moins percutant qu'il n'y paraît. Car lorsqu'il intentera son action, il devrait encore disposer d'un for en Suisse et trouver un juge qui partage l'analyse du Tribunal fédéral s'agissant de l'art. 69 al. 2 au moment de l'introduction de l'action du père.

III. Reconnaissance d'enfant

Filiation – Reconnaissance d'enfant en Suisse – Conflit avec une reconnaissance d'enfant qui aurait été faite devant le juge californien saisi d'une action en paternité trente ans plus tôt

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 19 novembre 2019, 5A_680/2018

L'enfant au centre du litige a déjà un certain âge – 27 ans – lorsqu'il est reconnu par son père devant l'office de l'état civil à Berne et aussitôt enregistré, le 27 août 2013. Né en Californie, il est citoyen américain et aujourd'hui domicilié en Suisse. Sa mère est belge. Les parents n'ont pas été mariés. Quelques années plus tard, le 27 novembre 2017, l'enfant de 31 ans requiert une rectification du registre en ce sens que la date de la reconnaissance devait être avancée au 1^{er} octobre 1986 et le lieu modifié de Berne en Californie/USA. La thèse du requérant était fondée sur l'action en pater-

nité intentée par son père en début octobre 1986 en Californie, une démarche qui représentait à son avis déjà une reconnaissance de sa filiation, raison pour laquelle la reconnaissance telle qu'enregistrée en Suisse devait être rectifiée quant à sa date et à son lieu.

Le raisonnement de l'arrêt procède en plusieurs étapes, suivant l'argumentaire du recourant. Dans un premier temps, il est constaté que l'action en rectification fondée sur l'art. 42 CC visait à rectifier l'inscription sur le registre dont il était dit qu'elle comportait une erreur quant à la date et au lieu de la reconnaissance d'enfant (consid. 3.1). Ces deux éléments de fait seraient pertinents si l'on était en présence d'une reconnaissance d'enfant effectuée en Californie en 1986 déjà et susceptible de reconnaissance en Suisse. A cet égard, il convient de se référer, alternativement, aux droits de l'Etat de la résidence habituelle ou de l'Etat national de l'enfant, ainsi qu'à l'Etat du domicile ou de la nationalité de la mère ou du père. La condition telle qu'énoncée à l'art. 73 al. 1 LDIP est que la reconnaissance doit être intervenue et valable selon le droit de l'un de ces Etats. Pour répondre à cette question de validité, il y a lieu de tenir compte des règles de conflit de l'Etat concerné (consid. 3.2). La structure de cette disposition est comparable à celle de l'art. 45 al. 1 qui reconnaît un mariage « valablement célébré à l'étranger ». En l'espèce, l'enjeu portait sur la validité alléguée de la reconnaissance selon le droit de la Californie, sans référence à un autre droit, étant donné que la loi du for y est applicable (consid. 3.2.2).

La qualification attribuée à la notion de reconnaissance d'enfant vise une déclaration unilatérale, normalement assortie d'une exigence de forme, qui est soit reçue par une autorité ou un tribunal, soit transcrite dans un acte indépendant de l'intervention d'une autorité, tel un testament ou un acte public, devant un notaire, par exemple (consid. 3.2.1). Une telle déclaration n'a pas été faite valablement en Californie, car il aurait fallu, s'agissant de parents non mariés, qu'elle soit assortie de l'accord de la mère (consid. 3.2.2). Le recourant n'a pas soulevé d'objections sur ce point, comme il ne s'est pas opposé au constat qu'en Belgique, pays d'origine de la mère, la question relevait de la loi nationale des parties concernées par la filiation en cause, à savoir le droit suisse ou le droit californien, et que de surcroît, la déclaration faite en Californie en 1986 ne pouvait y avoir la valeur d'une reconnaissance d'enfant (consid. 3.2.3).

L'argument principal du recourant portait sur une comparaison entre la possibilité pour le père de reconnaître l'enfant devant le juge saisi de l'action en paternité intentée par la mère ou l'enfant (art. 260 al. 3 CC) et l'action intentée par le père contre la mère en Californie, qui manifestait *a fortiori* la volonté du père de reconnaître la filiation. Cependant, l'argument devait se heurter à la nature et à la qualification de la reconnaissance d'enfant. Le dossier et les documents présentés ne faisaient pas état d'une déclaration de reconnaître la filiation. Ce que l'on pouvait y trouver était des demandes alléguant l'existence d'un lien de filiation et tendant à obtenir du juge californien un jugement ayant des effets d'état civil. L'introduction d'une telle action et sa motivation n'en faisaient pas pour autant une reconnaissance d'enfant.

Par ailleurs, cette action pouvait être retirée, alors qu'une reconnaissance d'enfant est irrévocable. Les déclarations faites par le père en Californie ne pouvaient donc avoir pour effet de corriger l'enregistrement de la reconnaissance opéré en Suisse plus de 25 ans plus tard (consid. 3.2.4).

Toujours en visant le même objectif, le recourant suggérait encore une autre ligne de motifs en se référant à des décisions californiennes qui pourraient être reconnues en Suisse avec un effet établissant la filiation et se substituant ainsi à la reconnaissance déjà inscrite sur le registre suisse. La première était l'ordonnance de la Cour suprême de la Californie (du County of Orange) rendue en 1986 qui, au lieu d'enregistrer une déclaration de filiation du père, constatait directement cette paternité. Cependant, l'argument devait tomber à faux, car cette ordonnance n'indiquait en aucune manière qu'un procès en paternité avait abouti (au sens de l'art. 25 lit. b LDIP), et si des éléments mentionnant la paternité devaient s'y trouver, ils avaient tout au plus la valeur de simplement mentionner incidemment que cette paternité était en cause, afin de justifier l'ordre adressé aux parents de fournir des renseignements sur le domicile et de s'abstenir de discuter de la garde avec les enfants (consid. 3.3.1). Curieusement, trente ans plus tard, en 2016, la même Cour a constaté dans un jugement que les parents venaient de déclarer devant elle et que la Cour conclut qu'un lien de filiation existait entre le père et l'enfant depuis sa naissance en 1986. Cependant, ce jugement ne constate pas que cette filiation serait née de par l'effet de la loi ou en vertu d'une reconnaissance. Il est donc difficile d'en cerner le véritable objet. De toute manière, ce jugement datant de 2016 ne peut mettre en cause la validité de la reconnaissance faite antérieurement, en 2013. Il ne peut produire plus d'effets que ceux résultant de cette reconnaissance (consid. 3.3.2). Le Tribunal fédéral approuve sur ce point la mention par l'Obergericht de Berne de l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP. Or, en l'espèce, il n'y a pas eu, s'agissant d'un acte d'état civil suisse établi en 2013, un « litige » au sens de cette disposition. Par ailleurs, un enregistrement erroné devrait s'effacer devant un jugement étranger constatant l'état civil véritable d'une personne. Cependant, les doutes s'agissant du sens véritable du jugement californien de 2016 étaient décisifs pour ne pas lui donner des suites.

Il restait encore un dernier argument. Outre les jugements et les déclarations produits en Californie, il existait encore un acte de naissance délivré en 2010 à la suite d'un changement de nom de l'enfant. Sur ce document, le père était mentionné en cette qualité, ce qui devait démontrer avec pleins effets en droit que la paternité était née en 1986 déjà. Cependant, le Tribunal fédéral observe que ce document ne pouvait pas donner plus d'effets à l'action en paternité intentée en 1986 ou à toute autre déclaration qu'aurait fait le père en ce sens en Californie. Ce certificat n'était donc pas de nature à faire douter de la validité de la reconnaissance d'enfant déclarée en Suisse en 2013 et de procéder à sa rectification (consid. 3.4.2). Cela revient à dire que l'inscription de la paternité dans l'acte d'état civil ne pouvait fournir ne serait-ce qu'une présomption de validité d'un lien de filiation créé en 1986 déjà. Il reste un petit doute.

L'arrêt dit que l'enfant est citoyen américain. N'est-ce pas la preuve qu'il est né en Californie ?

IV. Enlèvement d'enfant

Enlèvement d'enfant de la Thaïlande en Suisse – Conditions du retour compte tenu des circonstances de vie en Thaïlande et notamment de la violence du père

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 4 septembre 2019, 5A_605/2019 ; 1^{er} novembre 2019, 5G_2/2019

C'est le second volet d'une affaire qui a déjà occupé le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 24 avril 2019 (5A_162/2019, SRIEL 2019 p. 325). Le couple, marié en 2009, formé par un ressortissant français et une Suissesse, a eu une fille née en 2012 en France. Dès la naissance, des difficultés conjugales se sont manifestées, causées essentiellement par la violence du mari. Un séjour en Thaïlande, qui devait calmer les esprits, ne s'est pas révélé propice au rapprochement, si bien que les époux ont vécu séparément pendant deux ans, l'enfant étant sous leur garde alternée. Une procédure de divorce initiée en Thaïlande n'a pas été menée à son terme, la mère et sa fille quittant la Thaïlande pour la Suisse fin avril 2018. Puis, le 23 août 2018, le père a déposé devant la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal de Vaud une requête tendant au retour de l'enfant en Thaïlande, tandis que la mère a déposé plainte pénale pour des attouchements sexuels que le père aurait commis sur l'enfant en Thaïlande. Au lieu de rejeter la requête en retour, comme l'avait fait la Chambre des curatelles du Vaud, le Président de la II^e Cour de droit civil a estimé qu'il fallait reprendre l'examen de l'enjeu lié à la procédure pénale ouverte à l'encontre du recourant. L'état d'avancement de cette procédure était incertain et les circonstances de son ouverture, le jour même du dépôt de la requête en retour, paraissaient déconcertantes, ce d'autant que les soupçons d'abus sexuels n'avaient pas été exprimés lors du séjour de la mère et de l'enfant en Thaïlande. Aussi fallait-il que l'autorité cantonale reprenne l'examen de l'art. 5 lit. b et c LF-EEA et détermine si la mère était en mesure de prendre soin de l'enfant dans le pays requérant et si l'on pouvait l'exiger d'elle, voire examiner l'éventualité d'un placement auprès de tiers.

Lorsque l'affaire est revenue au Tribunal fédéral, la procédure pénale qui était encore au stade d'une expertise en cours n'avait plus d'incidence sur le sort du litige eu égard à la teneur de l'arrêt de renvoi de la Chambre des curatelles, raison pour laquelle la requête en suspension de la cause a été rejetée. Curieusement, aucune mention n'est faite de l'impact éventuel de la procédure pénale en cours sur l'examen de la demande de renvoi de l'enfant (consid. 1.2). Cela n'est pas conforme à l'arrêt de renvoi qui exigeait de l'autorité cantonale, de manière à lier celle-ci et le Tribunal fédéral lui-même, que les soupçons graves qui pesaient sur le père devaient être confir-

més ou infirmés « à l'issue de la procédure pénale » (arrêt du 24 avril 2019, consid. 6.3) et certainement après avoir pris connaissance d'une expertise dont la substance était inconnue. Il fallait être expéditif: la Cour des curatelles a pris deux mois pour répondre aux injonctions du Tribunal fédéral, par son arrêt du 28 juin 2019, manifestement sans avoir avancé utilement dans le dossier pénal. Le nouvel arrêt porte exclusivement, et de façon très détaillée, sur la seconde partie des instructions adressées à la Cour des curatelles.

Les développements sont en général conformes au schéma de raisonnement consacré par la Convention de La Haye de 1980. Leur lecture doit se faire en mettant de côté les sensibilités humaines que l'on peut éprouver face à ce que l'on devine être l'enjeu personnel qui divise les parents et dans lequel se trouve plongé un enfant qui ne doit rien y comprendre tout en subissant les souffrances qui s'en dégagent inmanquablement. La Convention tranche un litige d'enlèvement avec une certaine rigidité car comment faire autrement si l'on part de *l'a priori* que cette procédure n'est pas le lieu pour régler le conflit des parents sur l'autorité parentale et la garde de leur enfant, ou, tout au moins, que la perspective de résolution de ce conflit ne peut exercer une influence sur le sort de l'enfant enlevé que très exceptionnellement? L'enlèvement ne doit pas constituer le fait accompli pour régler ce différend parental, sauf dans l'hypothèse où il préfigure ce qui constituera sa solution compte tenu de l'intérêt de l'enfant.

En l'espèce, l'aptitude de la mère à prendre soin de l'enfant et de retourner avec lui en Thaïlande était au centre de l'analyse. A cet égard, la mère n'a pas démontré qu'elle ne pourrait pas obtenir de visa. Il n'y avait pas lieu de craindre qu'elle soit poursuivie pénalement à son retour, ce d'autant que le père de l'enfant a déclaré n'avoir entrepris aucune démarche en ce sens. Elle n'avait pas construit en Suisse de relations d'une solidité telle qu'un renvoi en Thaïlande paraissait inconcevable, son concubinage n'étant pas d'un poids suffisant à cet égard. Si de telles circonstances peuvent rendre un retour insupportable, l'arrêt rappelle qu'il s'agit de situations exceptionnelles, dans lesquelles on ne peut raisonnablement exiger 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. Si un tel cas devait se présenter, l'enfant ne devrait retourner pour être placé auprès de tiers qu'à titre d'*ultima ratio*, dans des situations extrêmes (consid. 3.1.1).

L'arrêt ne manque pas d'ajouter le couplet habituel affirmant que « le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne la mineure, non le parent » (consid. 4.1.1). On ne peut savoir combien de torrents d'intelligence il faudra encore déverser pour amener les Juges et leur greffier (responsable de la rédaction) à renoncer à ce genre d'affirmation, directement contredite par l'arrêt lorsqu'il examine en détail les conditions du retour de la mère, incompatible avec l'art. 5 lit. b LF-EEA qui commande d'examiner si l'on peut exiger du parent ravisseur de retourner avec l'enfant, et heurtant de front l'intérêt de l'enfant qui dépend nécessairement de sa relation

avec chacun des parents, ce qui comprend la perspective de vivre avec chacun d'eux en cas de retour.

L'analyse des conditions pour revenir en Thaïlande, qui touche à l'administration des preuves et relève d'une certaine discrétion du pouvoir judiciaire, doit être acceptée dès lors que les résistances manifestées par la mère ne paraissent pas étayées de manière convaincante. La recourante a amené le Tribunal fédéral à se pencher sur l'art. 10 al. 2 LF-EEA, ce qu'il ne fait que rarement. L'examen des conditions de sécurité entourant le retour est resté à la surface. L'arrêt constate que ce qui a été fait par la Cour cantonale n'a apporté aucune réponse du côté des autorités thaïlandaises dans le sens d'une « mesure précise ». Les assurances données par les autorités locales n'allaient pas plus loin que de répondre que les mesures effectives qui seront éventuellement prises dépendent du contexte. C'est trop peu. Mais il faut aussi constater que les allégations de la mère quant au sort qui allait l'attendre en Thaïlande étaient également restées en surface. Le fait qu'elle disposait d'une petite fortune n'allait pas renforcer le poids de ses craintes, mais laissait penser au contraire qu'elle allait trouver son chemin pour défendre ses intérêts et ceux de l'enfant une fois arrivés en Thaïlande.

Le Tribunal fédéral croit encore rassurer la mère en lui indiquant que l'ordre de retour n'implique pas pour elle et l'enfant de vivre dans la ville ou dans la région de leur vie d'avant l'enlèvement et qu'elle reste libre de résider au lieu de son choix sur le territoire thaïlandais (consid. 3.1.2). Avant de donner pareil conseil il faudrait savoir si un tel éloignement de leur lieu de vie antérieur était concevable compte tenu des circonstances. Envisager une telle hypothèse ne doit pas être une pure évocation théorique. Car pour une mère ressortissante suisse, au cas où elle doit subvenir à ses besoins et à ceux de l'enfant, il ne va pas de soi de s'établir n'importe où dans le pays. En l'espèce, la mère était sans doute exposée à des difficultés sérieuses, ce que le Tribunal fédéral savait lorsqu'il faisait état d'allégations de violence du père établies et pertinentes. La mère devait donc craindre sérieusement de s'exposer, elle et son enfant, aux violences du père même si elle était en mesure de ne pas s'établir à proximité. C'est dans ce contexte de violence que l'absence de toute mesure envisagée d'emblée par les autorités thaïlandaises dans le contexte de l'exercice du droit de visite n'est pas satisfaisante sous l'angle de l'art. 10 al. 2 LF-EEA.

A travers une demande d'interprétation, plutôt rare en pratique, la mère qui était sommée d'assurer le retour de l'enfant en Thaïlande au terme du 30 septembre 2019 voulait interroger le Tribunal fédéral sur les modalités d'exécution fixées dans l'arrêt de la Chambre des curatelles du 28 juin 2019. Or cette démarche n'a pas servi à gagner le temps escompté. Dans son arrêt du 1^{er} novembre 2019, le Tribunal fédéral répond qu'à la suite du rejet du recours, l'arrêt cantonal prend effet tel qu'il était rédigé et qu'il ne peut faire l'objet d'une interprétation de la part du Tribunal fédéral. Celui-ci n'y avait rien changé, sauf à reporter la date d'exécution du 20 août au 30 septembre 2019. Ce second arrêt reproduit le dispositif de l'arrêt cantonal. On notera l'ordre donné au Service de protection de la jeunesse de solliciter le concours de la force pu-

blique, l'injonction étant d'ores et déjà faite aux agents de la force publique de concourir à l'exécution forcée. Ce genre d'injonction est souvent formulé dans la pratique judiciaire, sans aucune précision quant à la nature d'une intervention dont un enfant est l'objet principal. Aucune attention n'est donnée à l'art. 11 al. 2 LF-EEA qui exige de l'autorité de s'efforcer d'obtenir l'exécution volontaire de la décision et de procéder en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. On n'éprouve aucune gêne à s'exposer à une violation des droits de l'enfant, dont le risque est manifeste pour tous ceux qui ont l'expérience de telles interventions policières par un personnel qui ne dispose normalement d'aucune formation pour ce faire. L'injonction donnée aux autorités locales est d'autant plus inquiétante que l'enfant s'est manifesté pour s'opposer à son renvoi (consid. 3.3). De la part d'un enfant de sept ans, cela ne suffit pas pour faire le poids comme un moyen de résister à une demande en retour (art. 13 al. 2). Mais cela constitue manifestement une raison pour donner aux autorités l'instruction de procéder avec le ménagement qui convient. Car s'il ne peut résister au retour, l'enfant a droit à ce que l'on ne lui fasse pas subir un traumatisme qu'il ne mérite pas, quoiqu'on pense de l'attitude de ses parents. On rappellera que dans d'autres cantons, la police a compris les enjeux et refuse de faire violence aux enfants.

Enlèvement d'enfant – Couple français avec trois enfants – Nombreuses procédures en cours en France – Départ de la mère avec les enfants en France, puis en Suisse – Requête du père tendant au rapatriement des enfants – Convention de La Haye de 1980 – Pas de perspective pour la mère d'obtenir un droit de garde exclusif, aboutissant à un aller-retour des enfants

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 janvier 2020, 5A_990/2019

Depuis le départ de la mère du domicile conjugal, accompagnée des trois enfants, la vie des parents était émaillée de diverses procédures matrimoniales en France ainsi que de plaintes pénales à l'encontre l'une de l'autre. Ayant mené une vie séparée d'abord en France, dès le 16 octobre 2017, la mère a déménagé dans le canton de Vaud au mois de juillet 2019, sans en référer à son époux. Elle y a pris un emploi, les enfants étant inscrits à l'école publique. Une ordonnance d'un tribunal français fixant la résidence des enfants au domicile de la mère a été portée en appel, puis objet d'un sursis à statuer en septembre 2019 vu le déménagement des enfants en Suisse. Le père a réagi immédiatement à l'enlèvement des enfants, adressant le 25 juillet 2019 sa requête en retour à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du Vaud. Peu de jours après ce dépôt, la Juge déléguée a désigné un curateur aux enfants, invitant celui-ci et le Service de protection de la jeunesse à les entendre ; elle a également fait interdiction à la mère de quitter le territoire helvétique avec les enfants. Un accord est intervenu pour régler les visites du père. La conciliation ayant échoué le 28 octobre 2019, la Chambre des curatelles a ordonné le retour des enfants en France le 19 novembre 2019. Le Tribunal fédéral confirme la décision cantonale le 21 janvier 2020. En tout, cette procédure a pris presque six mois, mais dans une situation aussi conflictuelle que

celle de l'espèce, il est difficile de faire mieux, même si on est bien au-delà des six semaines prévues par la Convention de 1980 (art. 13 al. 2), même multipliées par deux.

L'enjeu du procès portait essentiellement sur le risque d'une situation intolérable au retour au sens de l'art. 13 al. 2 lit. b de la Convention et de son illustration à travers l'art. 5 LF-EEA. Les possibilités de la mère de retourner en France, sans être explicitées dans l'arrêt, semblent avoir été telles que l'on ne pouvait accepter qu'elle invoque la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour, alors que la mère provoquerait elle-même ce danger si elle devait refuser de raccompagner les enfants au retour (consid. 5.1.2). Répété d'arrêt en arrêt, l'argument est excessif dans la mesure où l'on ne peut priver la mère de son droit de protéger les enfants autant que l'art. 13 al. 1 lit. b le permet. Le danger pour l'enfant peut avoir une origine différente du comportement de la mère et doit donc être pris en compte, même d'office. En revanche, il reste au tribunal une marge d'appréciation pour évaluer si l'on doit raisonnablement compter avec le retour de la mère et d'en tirer les conséquences au sujet du risque d'une situation intolérable dans laquelle les enfants pourraient se trouver placés.

Poursuivant le raisonnement dans le contexte de l'art. 5 lit. b LF-EEA et de la question de savoir si l'on peut raisonnablement exiger du parent ravisseur de retourner avec les enfants dans le pays d'origine, l'arrêt envisage une situation qui n'a encore jamais été explicitée en des termes aussi nets :

Entrent par ailleurs également dans le cadre de l'art. 5 let. b LF-EEA les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, le rapatriement de l'enfant étant alors assimilable à un aller-retour qui ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Le jugement attribuant la garde exclusive au parent ravisseur doit néanmoins apparaître indubitable au tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour, celui-ci devant à défaut statuer que le retour dans l'État de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résulte pas pour l'enfant de situation intolérable justifiant une décision négative de retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 (arrêt 5A_121/2018 du 23 mai 2018 consid. 5.3 et la référence au Message précité p. 2433 ss, 2463).

Ce considérant 5.1.3 est très intéressant par sa position de principe à l'égard d'un aller-retour inutile et contraire à l'objectif du « statu quo ante » de la Convention. Celle-ci entend certes combattre les enlèvements par lesquels le ravisseur entend poser un fait accompli du déplacement de la résidence habituelle de l'enfant et du même coup du transfert de la compétence vers les tribunaux de la nouvelle résidence. Le passage cité de l'arrêt pose une limite: le retour de l'enfant est dépourvu de sens s'il sert uniquement à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancienne résidence. On saluera que le Tribunal fédéral s'inspire du Message du Conseil fédéral à l'appui de la LF-EEA dont on peut rappeler qu'elle a été approuvée à l'unanimité par chacune des Chambres fédérales. La Convention a pour but de protéger le droit de garde de chacun des parents, mais elle n'a pas pour but de protéger exclusivement le pouvoir juridictionnel des tribunaux du pays d'origine dans lequel l'enfant ne retour-

nera pas s'il apparaît d'emblée qu'il vivra avec le parent ravisseur ailleurs que dans ce pays. Cette position ne peut être soutenue, cependant, qu'à la condition que le jugement attribuant la garde exclusive au parent ravisseur apparaît « indubitable ». Le jugement auquel il est fait référence est celui que l'on peut escompter du tribunal compétent dans l'hypothèse d'un retour de l'enfant. Si le parent ravisseur devait obtenir la garde exclusive, privant l'autre parent de son droit de déterminer la résidence de l'enfant, il irait s'établir définitivement dans le pays du nouveau séjour, bouclant ainsi un aller-retour dénué de sens sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et de l'objectif de la Convention.

Cette situation correspond jusqu'à s'y identifier avec celle où le parent auquel l'enfant a été enlevé consent ou ratifie le départ de l'enfant (art. 13 al. 1 lit. a). Le parent qui dispose, du fait de son droit de garde, du droit de déterminer la résidence de l'enfant, ne peut obtenir son retour s'il renonce à le réclamer – situation qui est la même que celle du parent qui ne dispose pas d'un tel droit ou qui en sera privé avec une quasi-certitude.

En l'espèce, on en reste à la position de principe, d'autant plus intéressante que sa présentation n'était pas indispensable dès lors que l'on était loin de pouvoir affirmer de manière indubitable qu'une autorité parentale exclusive selon le droit français, correspondant à un droit de garde exclusif au sens de la Convention, pourrait être prochainement accordée à la mère (consid. 5.2). Dans le contexte très conflictuel des parents, il ne se dégageait encore aucune vue claire en ce qui a trait au sort des enfants. Dans ces conditions, le retour des enfants en France, dans le rayon de compétence des autorités précédemment saisies, était inévitable. On précisera, au niveau de la terminologie, qu'il n'y a pas lieu de mettre l'accent uniquement sur le partage de l'autorité parentale. Dans le contexte de la Convention, l'enjeu est le droit de fixer la résidence habituelle de l'enfant. Ce droit peut être lié à l'autorité parentale ou au droit de garde, comme il peut aussi en être détaché et autonome, comme sous la forme du droit d'hébergement. Pour ne pas tomber dans l'hypothèse d'un aller-retour inutile, il n'est pas nécessaire que le parent ravisseur obtienne l'autorité parentale exclusive ; il suffit qu'il ait l'exclusivité du droit de décider de la résidence des enfants. Au demeurant, l'attribution d'un tel droit n'est pas indubitable s'il l'a été à travers une mesure provisoire stabilisant le cadre familial dans l'attente du règlement définitif ou dans l'hypothèse d'une simple autorisation au déménagement (consid. 5.3.2).

Il convient cependant de placer le considérant cité encore dans une autre perspective. En effet, ce qui compte, en définitive, n'est pas tant l'attribution de l'autorité exclusive au parent ravisseur, mais l'effectivité de son droit de déterminer seul la résidence et le lieu de vie de l'enfant. Si le parent qui réclame le retour de l'enfant n'entend ni exercer ni réclamer devant les tribunaux du pays de provenance son droit à fixer cette résidence ou de devoir donner ou refuser son accord, on est également dans une situation d'aller-retour inutile. Ce droit est, au sens de la Convention (art. 5), indépendant de la responsabilité parentale. Celle-ci, sans compter la localisation de la

résidence de l'enfant, peut s'exercer à travers les frontières. Cela est important dans la pratique des enlèvements par rapport aux cas dans lesquels le parent lésé ne réclame rien d'autre que de pouvoir exercer son droit de visite dans des conditions de convenance qui lui paraissent les plus favorables. Si telle est la seule intention de ce parent, il ne doit pas disposer de l'arme que représente la Convention de La Haye pour faire revenir un enfant dont il « ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire » dans les termes cités du présent arrêt (consid. 5.1.3). Plusieurs arrêts récents du Tribunal fédéral illustrent cette problématique, tels que les retours ordonnés à Londres (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, consid. 3.2, 6.3, SRIEL 2017 p. 238), en France (ATF 18.4.2019, 5A_131/2019, consid. 2.3.1, SRIEL 2019 p. 315) ou en Grèce (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, consid. 5.3, SRIEL 2019 p. 311), qui n'avaient pas d'autre but, de l'avis même des parents réclamant le retour, que de leur offrir un meilleur accès à l'enfant pour exercer les relations personnelles. Le considérant cité du présent arrêt aide à comprendre que tel n'est pas le but de la Convention. Sous l'angle de la conduite du procès, il est certes primordial de compter sur la collaboration des parties, mais il est tout aussi indispensable, s'agissant de l'examen d'office de l'intérêt de l'enfant, que le tribunal suisse se renseigne sur l'état de la procédure en cours à l'étranger, comme l'art. 10 LF-EEA l'exige.

V. Arrêts en bref

Divorce – Couple de nationalité suisse, chaque époux vivant séparément en Hongrie – Action du mari en Suisse – Incompétence du juge suisse faute d'un domicile du demandeur en Suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 20 juin 2019, 5A_917/2018

L'époux intenta l'action en divorce dans le canton de Zoug, mais il n'a trouvé aucun juge qui aurait accepté sa compétence pour en connaître. L'épouse habitant la Hongrie, pour réussir, le demandeur aurait dû démontrer que son domicile se trouvait en Suisse (art. 59 lit. b LDIP). La notion de domicile de la LDIP (art. 20 al. 1) est interprétée en tenant compte de la jurisprudence relative à l'art. 23 CC. Le point central consiste à trouver le centre des intérêts de la personne, qui se trouve en règle générale au lieu où les intérêts et liens de famille sont localisés le plus intensément (consid. 2.1). Le train de vie du demandeur étant analysé en moult détails, il en résulte qu'il a passé la plus grande partie de sa vie en Hongrie auprès de sa nouvelle partenaire. Les quelques liens restant avec la Suisse ne pesaient manifestement pas lourd.

Divorce – Couple de nationalité roumaine – Action du mari en Roumanie – Requête de mesures provisionnelles de l'épouse en Suisse – Champ de compétence limité des autorités suisses, compte tenu de la compétence internationale des tribunaux roumains

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 17 juin 2019, 5A_942/2018

Devant les tribunaux bernois, les points litigieux portaient sur l'entretien de l'épouse et l'attribution du domicile conjugal. Le procès en divorce était entamé en Roumanie, comprenant le règlement de divers effets accessoires de nature pécuniaire. Pour déterminer le juge suisse compétent pour ordonner des mesures provisoires relatives à l'entretien, l'art. 31 de la Convention de Lugano est pertinent; cependant, dès lors que cette disposition ne règle pas la compétence, il convient de s'en remettre à la LDIP et, dans celle-ci, l'action n'étant pas pendante en Suisse, l'art. 10. La Cour cantonale a tout d'abord constaté que la lettre a, désignant le juge compétent au fond, ne pouvait s'appliquer, étant donné qu'un tribunal roumain avait déjà été saisi de l'action et admis sa compétence. Sur ce dernier point, la situation n'était pas complètement certaine, étant donné que le tribunal saisi en Roumanie acceptait sa compétence internationale, mais estimait qu'un autre tribunal roumain était compétent *ratione loci*. Le Tribunal fédéral estime qu'il n'était pas arbitraire de la part de l'autorité bernoise de considérer qu'en pareil cas, la saisine des juridictions roumaines était suffisante pour faire obstacle à une action intentée en Suisse au fond (consid. 5.3). La règle applicable était ainsi la lettre b de l'art. 10 LDIP. L'arrêt rappelle une jurisprudence constante, demeurée valable sous le texte de l'art. 10 tel que modifié avec effet au début 2011, qui accepte d'ordonner des mesures ordonnées au lieu de leur exécution dans cinq cas si leur octroi s'avère urgent et nécessaire. Sur ce dernier point, l'épouse ne pouvait ignorer qu'après avoir été confrontée aux difficultés conjugales dès le mois de septembre 2017 et à l'action en divorce en Roumanie en décembre 2017, elle avait tardé à réagir pour réclamer, en mars 2018, l'entretien et l'attribution du domicile conjugal dont le mari était le seul propriétaire. Par ailleurs, elle n'a pas démontré s'être adressée au juge roumain ou que celui-ci, s'il en était saisi, n'aurait pas réagi dans un délai convenable (consid. 6). Cet arrêt ressemble à bien des égards à celui rendu le 14 mai 2018 (5A_801/2017), dans une affaire où le divorce était demandé au Tribunal de Grande Instance de Lyon (les deux époux étant de nationalité française), dont la compétence s'étendait à l'obligation alimentaire en vertu de l'art. 5 ch. 2 de la Convention de Lugano (CL). Pour les mesures provisoires, au sens de l'art. 31 CL, il n'y avait pas de fondement pour l'une des situations acceptées sous l'angle de l'art. 10 lit. b LDIP. Les tribunaux genevois devaient donc se déclarer incompétents d'autant plus que les mesures ordonnées par la juridiction française devaient être reconnues « automatiquement » en Suisse en vertu de l'art. 33 CL, de telle sorte que le second juge saisi à Genève doit se déclarer incompétent et « accueillir l'exception de chose jugée » (consid. 3.3.4), une notion que la jurisprudence réserve en règle générale aux décisions définitives rendues au fond. Des requêtes tendant à l'octroi de mesures provisionnelles en

Suisse alors qu'un procès en divorce est en cours à l'étranger ne sont pas rares, mais souvent animées simplement par une sorte de défiance vis-à-vis du juge étranger saisi (cf. ATF 5.9.2019, 5A_645/2019, divorce à Hongkong, en l'espèce).

Mesures de protection de l'enfant – Résidence habituelle de l'enfant à la suite du déménagement en Russie – Convention de La Haye de 1996 – Changement de la résidence habituelle – *Perpetuatio fori* (non)

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 1^{er} juillet 2019, 5A_21/2019

Dans le contexte d'une dispute d'un couple non-marié sur les relations avec leur enfant, née en 2014, la mère, de nationalité russe, a obtenu devant le Tribunal de protection de l'enfant à Genève, en date du 13 décembre 2016, une mesure superprovisionnelle consistant notamment au retrait de l'autorité parentale au père, de nationalité belge. Le jour suivant, le père a déposé à son tour une requête en miroir, tendant à ce qu'il soit interdit à la mère de déplacer la résidence de l'enfant et de lui faire quitter la Suisse sans l'autorisation préalable du Tribunal. Cette mesure fut ordonnée, à nouveau *ex parte*, le 16 décembre 2016. Cependant, c'était sans compter avec la rapidité de l'action de la mère qui, tôt le matin du même jour, avait déjà quitté la Suisse pour la Russie, avant d'avoir reçu la notification de l'ordonnance lui interdisant de procéder ainsi. Aussitôt arrivée en Russie, la mère sollicitait devant le tribunal compétent en Russie, le 28 décembre 2016, le constat que le domicile de sa fille se trouvait dorénavant en Russie. Contrairement à ce qu'elle laissait penser à son entourage à Genève, elle n'y est pas retournée avec l'enfant et a fait part de son intention de rester provisoirement en Russie, déclarant craindre pour sa vie et l'intégrité corporelle de ses enfants, victimes, selon ses dires, d'actes d'ordre sexuel. Le 6 février 2017, le Tribunal de protection, statuant sur mesures provisionnelles, a levé l'interdiction faite au père d'entretenir tout contact avec sa fille et lui a restitué l'autorité parentale sur l'enfant. La requête de retour fondée sur la Convention de La Haye de 1980 a été transmise à l'Autorité centrale russe le 16 mai 2017, mais n'a pas eu de succès, au terme d'une ordonnance de rejet rendue le 20 novembre 2018 par la Cour suprême de la Fédération de Russie. Le Tribunal de protection a retiré à la mère la garde de fait et le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ordonnant son placement auprès de son père. Cette mesure, rendue le 21 novembre 2017, a été annulée par la Cour de justice le 5 décembre 2018 au motif que la compétence avait été transférée à cet égard à la Russie. Le Tribunal fédéral approuve, rappelant que selon l'art. 5 de la Convention de 1996, dans les relations entre Etats contractants, un changement (licite) de résidence habituelle entraîne un changement simultané de la compétence (consid. 5.1). L'exception du maintien de la compétence dans l'hypothèse d'un enlèvement illicite (art. 7) ne pouvait être retenue en l'espèce car il manquait le cas de l'illicéité, étant donné qu'au moment déterminant, le jour du déménagement en Russie, la mère exerçait seule l'autorité parentale et pouvait donc déménager à l'étranger avec l'enfant sans

l'accord du père, sous réserve d'un cas d'abus de droit (consid. 5.2). Le Tribunal fédéral approuve l'arrêt cantonal, sous l'angle de l'arbitraire, en constatant que, quelques jours après son arrivée en Russie, la mère avait effectué des démarches visant à faire constater que le domicile de sa fille se trouvait en Russie, « agissant avec l'intention manifeste de s'installer, avec l'enfant, dans son pays d'origine ». Il devait en résulter que « dès ce moment, la résidence habituelle de l'enfant se trouvait donc en Russie et non plus en Suisse » (consid. 6). Pour le Tribunal fédéral, la mère « avait, dès son départ, l'intention de ne plus revenir à Genève et de transférer la résidence de l'enfant en Russie » (consid. 7.4.2). Cependant, autant que le départ était clairement manifesté, la création de la résidence habituelle était peut-être intervenue trop rapidement et la compétence fondée sur la simple présence plus appropriée (art. 6 al. 2). Même en approuvant la conclusion, compte tenu des circonstances de l'espèce, il subsiste un problème de cohérence dans la jurisprudence. Dans le présent arrêt, l'intention de la mère joue un rôle déterminant, alors que dans d'autres arrêts, cet élément subjectif est écarté de l'analyse de la résidence habituelle (cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, consid. 3.1 ; ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, consid. 4), notion dont on rappelle souvent qu'elle serait « de fait ». A vrai dire, dans les cas de déménagement, le transfert de la résidence habituelle s'opère en règle générale immédiatement, ce que l'on ne peut reconnaître, cependant, qu'en tenant également compte de l'intention, de l'enfant ou de sa famille, qui se manifeste à travers la perspective d'une certaine durée du nouveau séjour (cf. ATF 143 III 193 ss, 195 ; ATF 21.6.2017, 5A_68/2017, consid. 2.3).

Obligation d'entretien – Jugements et mesures provisoires rendus au Costa Rica – Notion de décision susceptible d'être reconnue en Suisse – Ordre public

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 26 novembre 2019, 5A_65/2019

Le recourant s'oppose à la mainlevée définitive de son opposition à la poursuite fondée sur trois décisions rendues au Costa Rica le condamnant au paiement de prestations d'entretien. La valeur litigieuse étant de peu d'importance, le recours ne pouvait prospérer qu'en tant que recours constitutionnel subsidiaire. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable, mais l'arrêt ne dit pas sur quels points il était irrecevable ; cela traduit l'inconfort du Tribunal fédéral avec ce moyen, dont il voulait se débarrasser, mais sans convaincre le Parlement. En l'espèce, les explications fournies sont plutôt longues, de manière à laisser penser que les motifs du recourant n'étaient pas sans substance, alors que le Tribunal fédéral ne pouvait pas juger au-delà de la limite de l'arbitraire. On regrettera ainsi que le premier moyen n'ait pas abouti à une conclusion. Le Kantonsgericht de St-Gall s'était prononcé sur la question de savoir si la notion de décision au sens de l'art. 25 lit. b LDIP comprenait des mesures provisoires. En l'espèce, l'une ou l'autre des décisions du Costa Rica aurait pu être une telle mesure et non une véritable décision. Le tribunal cantonal a échappé à l'analyse de cette distinction en acceptant que des mesures provisoires sont susceptibles d'être

reconnues en Suisse comme le sont les décisions. Ce faisant, il n'a pas dépassé les limites de l'arbitraire, étant donné qu'il pouvait s'appuyer sur une doctrine consolidée. Les conditions posées à l'art. 25 lit. b LDIP étant alternatives, de bonnes raisons militent pour accepter qu'elles étaient remplies chacune. En effet, aucune des décisions invoquées ne pouvait plus faire l'objet d'un recours ordinaire. Par ailleurs, même en tant que mesures provisoires, elles sont englobées par la définition de l'art. 25 lit. b LDIP en ce sens qu'elles sont « définitives » de par le fait que la procédure relative à leur adoption a pris fin (consid. 3.2.1). Les arguments présentés étant acceptables sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne manque pas de rappeler qu'il n'a pas tranché la question (consid. 1.1). On ne peut donc pas aller trop loin en déduisant une position favorable dans le sens indiqué lorsque l'on découvre dans un arrêt une observation en ce sens sans autre développement (cf., par exemple, ATF 5.9.2019, 5A_645/2019, consid. 3.1). Les objections fondées sur l'ordre public ne faisaient pas le poids, ce qui n'a pas empêché le Tribunal fédéral d'y répondre par de longues explications. En effet, les trois décisions montraient plutôt explicitement que les juges avaient tenu compte à la fois des besoins de l'intimée et des ressources du recourant (consid. 3.3.1). Aussi, le tribunal était entré en matière sur le litige et le recourant ne pouvait donc se plaindre de ne pas avoir été cité régulièrement. Il disposait certes de très peu de temps pour faire appel, mais il a réussi à le faire, cependant sans invoquer cette irrégularité (consid. 3.3.3).

Enlèvement d'enfants – Convention de La Haye de 1980 – Droit de garde effectif de la mère malgré le placement des enfants auprès des grands-parents – Pas de danger pour les enfants au retour en Autriche – Précautions à prendre en vue de l'organisation du retour

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 2 juillet 2019, 5A_339/440/2019

D'un contexte familial bien compliqué on retiendra qu'il n'était pendant un certain temps pas certain où les enfants se trouvaient. Le père était venu d'Autriche en Suisse pour trouver du travail à Berne. La mère ne pouvant subvenir à ses besoins seule en Autriche, elle a confié les enfants aux grands-parents paternels, puis elle est partie rejoindre ses frères à Florence. Revenue après peu de temps, en juillet 2018, elle n'a pas retrouvé ses enfants. Cela l'a amenée à lancer une demande de retour de son domicile en Autriche par le canal des Autorités centrales en septembre 2018. Les enfants n'ont été retrouvés qu'en février 2019, ce qui a amené la mère à lancer la procédure d'enlèvement dans le canton de Soleure en mars 2019. L'Obergericht de ce canton a ordonné le retour des enfants en Autriche le 14 mai 2019. Pour le Tribunal fédéral, il fallait tout d'abord clarifier le statut des enfants dans la période critique. Il résulte d'une situation confuse à bien des égards que la mère s'était d'abord occupée des enfants lorsqu'ils étaient remis aux grands-parents de son mari (principalement la grand-mère), vivant d'abord en Autriche, puis dans le ménage du père en Suisse, et qu'après être revenue d'une escapade tumultueuse à Florence, elle s'était employée à les chercher,

cependant sans succès. Le père et son entourage avaient une responsabilité à ce propos, en cherchant à éloigner les enfants de leur mère, empêchant que des contacts puissent s'établir. Dans ces conditions, on ne pouvait penser que la mère n'aurait pas exercé de façon effective son droit de garde (consid. 3.1–3.3 de l'arrêt sous n° 440). Il n'y avait pas de raisons pour penser qu'au retour en Autriche, les enfants seraient exposés à une situation intolérable. On notera sur ce point la remarque, plutôt rare dans la jurisprudence, qu'il n'y avait pas de danger à craindre notamment parce qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les autorités autrichiennes n'interviennent pas si les enfants devaient être mal traités ou abusés. Au demeurant, même si les conditions de vie de la mère s'avéraient difficiles, faute de moyens, il n'y avait pas lieu de craindre à l'avance qu'un danger allait se présenter pour les enfants (consid. 3.4). Eu égard à l'attitude incertaine du père et au risque qu'il pourrait s'échapper avec les enfants à l'étranger, et compte tenu de l'absence de communication entre les parents, des précautions étaient à prendre en vue du retour des enfants en Autriche. Il fallait aussi compter avec la résistance de l'enfant aîné de plus de huit ans, dont l'opposition n'était pas pertinente sous l'angle de l'art. 13 al. 2 (comme l'explique l'arrêt sous n° 339). Le Tribunal fédéral a repris et ajusté les instructions données par l'autorité cantonale, obligeant le père à s'annoncer quotidiennement au poste de police et ordonnant à l'autorité d'exécution de s'enquérir de l'arrivée de la mère en Suisse, de préparer la prise de contact entre les enfants et leur mère, incluant le cas échéant l'intervention d'une psychologue pour enfants et leur placement si le père ne devait pas se montrer coopératif, et de contacter les autorités autrichiennes afin qu'elles accompagnent les enfants dans leur réintégration. Finalement, un rendez-vous a été fixé dans les dix jours pour la remise des enfants dans les locaux de l'autorité soleuroise. On saluera cet effort de préparation d'un retour s'effectuant dans des conditions délicates.

Enlèvement d'enfants – Deux enfants vivant sous garde partagée entre la mère vivant à Genève et le père établi en France voisine – Refus de la mère de laisser les enfants retourner auprès de leur père – Après deux renvois à l'autorité cantonale, la Cour de justice de Genève fixe en France la résidence habituelle des enfants – Convention de La Haye de 1980 – Retour ordonné en France

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 23 octobre 2019, 5A_701/2019

L'arrêt expédie une affaire qui a fait long feu, jusqu'à voir le Tribunal fédéral reprocher à la Cour de justice de Genève de se rendre responsable d'une « Justizpanne » du fait qu'elle n'avait pas estimé nécessaire de se prononcer sur la résidence habituelle des enfants (ATF 18.4.2019, 5A_131/2019, consid. 4, SRIEL 2019 p. 315). L'affaire a été remarquée par le contraste qu'elle présente avec l'affaire du Chili (ATF 11.1.2019, 5A_982/2018, consid. 5, SRIEL 2019 p. 318). Dans le présent cas, le Tribunal fédéral a insisté sur la nécessité de déterminer la résidence habituelle des enfants, tandis que dans l'affaire du Chili, il a été dit, au contraire, que la question ne se posait pas et que le tribunal cantonal ainsi qu'une professeure se seraient rendus victimes d'une erreur

manifeste de réflexion en affirmant que la résidence habituelle était décisive pour savoir si un non-retour de l'enfant de la Suisse vers la Chili devait être considéré comme illicite. On a rarement vu un échange de jurisprudence mené en des termes aussi violents. Dans la première affaire, l'autorité genevoise s'est finalement pliée à l'exercice, concluant qu'au moment du non-retour des enfants vivant avec leur mère à Genève, leur résidence habituelle se trouvait en France, auprès de leur père. Le Tribunal fédéral entendait clore le chapitre au plus vite. La recourante se fait reprocher de s'étendre dans des propos appellatoires, d'emblée irrecevables, au sujet de l'établissement des faits et de l'administration des preuves de la part de l'autorité cantonale. Sur le fond, il est intégralement renvoyé à l'arrêt cantonal, dont on aurait bien voulu connaître le raisonnement, s'agissant de la notion de résidence habituelle et de l'objectif de la Convention qui semble loin d'être atteint, à la lecture des arrêts précédents et du but poursuivi par le père, intéressé par l'exercice de ses relations personnelles avec l'enfant et non point à obtenir leur droit de garde, de sorte que les enfants étaient renvoyés à vivre séparés de leur père en France, alors que leur école et toute activité quotidienne étaient à Genève. Au regard des démêlés conjugaux qui occupent les tribunaux français, on est une nouvelle fois confronté à un cas qui laisse penser que des enfants sont attirés dans un faux conflit d'enlèvement afin de mieux placer les armes sur le champ de bataille des parents.

Enlèvement d'enfants – Deux enfants de nationalité suisse et australienne ayant quitté l'Australie avec leur mère pour venir en Suisse, le père étant resté en Australie sans avoir reçu de permis de séjour et de travail en Suisse – Convention comprenant un « parenting plan » autorisant ce déplacement et fixant la date de retour au 14 avril 2020 – Convention de La Haye de 1980 – Aucun motif d'illicéité du séjour en Suisse avant l'échéance de cette date – Retour refusé

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 25 juin 2019, 5A_301/2019

La cause du départ d'Australie de la mère était l'état de santé de sa mère, atteinte d'un cancer en phase terminale. Le couple n'étant pas marié, une convention très explicite a été conclue pour régler toutes les implications du déplacement des enfants alors que le père devait rester en Australie dans l'attente d'un permis lui ouvrant la possibilité de rejoindre la famille en Suisse. La convention a été signée le 28 mars 2018 peu de jours avant le départ de la mère et des enfants vers la Suisse, où la famille a emménagé dans le canton de Vaud. Le père leur a rendu visite à plusieurs reprises pendant l'année 2018. Le 14 septembre 2018, la mère a déposé une requête en mesures de protection de l'enfant et en entretien, réclamant à ce que la garde exclusive sur ses enfants lui soit attribuée. Cette démarche a dû être comprise par le père comme une ouverture des hostilités, ce qui l'a amené à adresser à l'Office fédéral de la justice une requête en retour des enfants en Australie, le 13 novembre 2018. Fidèle à son inaction, celui-ci n'a pas fait désigner un curateur aux enfants comme il a pour devoir de le faire (cf. art. 6 al. 2 LF-EEA). Le père a pris lui-même l'initiative de déposer sa requête en retour à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du Vaud, le 4 février 2019, qui

a aussitôt nommé un curateur, montrant ainsi à quel point une telle désignation est importante et doit se faire en urgence. Statuant le 26 mars 2019, la Chambre des curatelles a rejeté la requête. Le recourant tirait argument de la convention de « parenting plan » dont la violation constitue un déplacement illicite au sens de la Convention de La Haye de 1980. Sans méconnaître que cette convention peut faire l'objet d'un nouvel arrangement, la Chambre des curatelles a cependant constaté qu'en l'état, elle renfermait le consentement explicite du père au déménagement des enfants en Suisse et que leur retour n'était pas fixé à une date antérieure au 14 avril 2020, jour à partir duquel le non-retour des enfants en Australie serait constitutif d'un enlèvement illicite (consid. 3.2). Sur la pertinence de ce dernier point, le père ne pouvait faire valoir une objection plausible, toute son argumentation étant fondée sur des prétendues violations d'un grand nombre d'autres points fixés dans la convention. Le point central était l'accord des parents à ce que leur autorité parentale et la garde des enfants soient exercées en commun, avec la précision que la mère exerce la garde exclusive des enfants en Suisse dans l'hypothèse, qui s'est réalisée, où le père n'obtiendrait pas son visa de séjour et de travail en Suisse. Le seul motif d'illicéité est l'échéance fixée au 14 avril 2020, date à laquelle le père recouvre sa prérogative de garde conjointe sur les enfants (consid. 5.2). La requête en retour devait donc être rejetée. Cela avait pour effet que le Tribunal d'arrondissement de Nyon pouvait reprendre l'instruction du litige portant sur la garde et les relations personnelles (consid. 6). Enfin, ni l'Australie ni la Suisse n'ayant formulé de réserve au sujet de l'art. 26 al. 2 de la Convention, le recourant ne devait pas rembourser l'assistance judiciaire octroyée pour les honoraires de son conseil (consid. 7.2).

Avis aux débiteurs – Qualification de mesure ordinaire et non de mesure d'exécution en droit interne (changement de jurisprudence) – Analogie pour les relations internationales ?

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 mai 2019, 5A_479/2018 – ATF 145 III 255

Dans un arrêt de principe d'il y a quelques années, le Tribunal fédéral a qualifié l'avis aux débiteurs de mesure d'exécution forcée privilégiée, régie par l'art. 22 ch. 5 CL, respectivement l'art. 16 ch. 5 aCL (ATF 138 III 11 ss, 22–24). Depuis lors, la position a changé en ce qui a trait aux seuls rapports de droit interne, pour lesquels les art. 23 et 26 CPC prescrivent dorénavant le for au domicile, l'art. 339 CPC sur le for de l'exécution n'étant pas applicable (ATF 145 III 256–266). Cette conclusion n'était pas facile à trouver, car il s'agit d'une institution hybride qui connaît des éléments à la fois de fond et d'exécution forcée. L'objectif consiste à imposer à un tiers débiteur du débiteur d'aliments de verser le montant correspondant aux aliments dû par celui-ci à un membre de la famille directement à ce créancier (ou son représentant légal) et non à son employé. Celui-ci voit donc son revenu diminuer, tandis que le créancier d'aliments est assuré du versement régulier de ses aliments de la part de l'employeur de son véritable débiteur. Bien que le Tribunal fédéral précise que cet arrêt n'affecte

pas les relations internationales, le sort du premier arrêt semble être en suspens. Car la nature de l'avis aux débiteurs requis par un créancier domicilié à l'étranger est la même que celle du même avis, fondé par hypothèse sur le même art. 291 CC, requis par un créancier vivant en Suisse, les autres parties étant également en Suisse. La situation tend à devenir confuse en observant qu'il a été décidé que la compétence locale du tribunal saisi en vertu de l'art. 22 ch. 5 CL est déterminée en référence à l'art. 26 CPC (Obergericht BE, CAN 2019 n° 28 p. 73). Il s'agira donc de reprendre l'analyse, déjà très fournie, de l'ATF 138 III 11 ss. Au lieu d'y reconnaître une mesure d'exécution, on pourrait également concevoir l'avis au débiteur comme l'instauration d'un codébiteur *sui generis* dans l'intérêt de l'enfant à l'octroi effectif de ses aliments. Certes, le tiers débiteur, dont la force de payer est présumée, facilite l'obtention par l'enfant de ce qui lui est dû. Mais ce débiteur ne devient aucunement un organe d'exécution. S'il n'obtempère pas, il faut agir en poursuite contre lui; ce n'est donc qu'à partir de ce moment-là que l'on entre dans une phase d'exécution. Par ailleurs, le débiteur originaire peut également faire l'objet d'une poursuite, malgré l'avis au débiteur adressé à son employeur. Celui-ci, s'il ne paie pas, n'est donc pas nécessairement visé par une procédure d'exécution. Dès lors que l'on se placerait sur le fond, il semble préférable d'en rester à l'avis exprimé par le Tribunal fédéral de ne pas s'en remettre à la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Car le for principal qu'elle prévoit, au lieu de la résidence habituelle, peut être éloigné de la résidence de son parent débiteur et de l'employeur de celui-ci. Et l'avis au débiteur, à supposer qu'il puisse être ordonné, risque d'être reconsidéré à chaque fois que l'enfant change de résidence habituelle dans un autre pays. L'avis au débiteur serait dans un tel cas régi par un droit différent de celui applicable à l'obligation alimentaire. Il semble dès lors préférable de s'orienter dans le sens du parallélisme avec les prestations d'entretien et de recourir à la loi désignée par la Convention de La Haye de 1973 ainsi qu'aux fors prévus par la Convention de Lugano (art. 2, 5 ch. 2). Car comme le montre la place de cette institution en droit civil suisse, il s'agit d'un accessoire au règlement de l'entretien dans la famille.