ATF 149 III 81 | TF, 12.12.2022, 5A_591/2021* et 5A_600/2021*

Une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, en première instance comme en appel, n'est pas comparable à une procédure de retour au sens de la CLaH96. Dès lors, elle n'empêche pas le transfert de compétence aux autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant a désormais sa résidence habituelle si ce dernier y réside depuis un an au moins après que la personne ayant le droit de garde a connu le lieu où se trouvait l'enfant et que celui-ci s'y est intégré (art. 7 par. 1 let. b CLaH96).

Faits

Un couple marié avec un enfant commun décide de se séparer. En 2018, l'épouse requiert des mesures protectrices de l'union conjugale, notamment, l'attribution du logement conjugal et la garde de l'enfant.

En septembre 2019, la mère et l'enfant quittent la Suisse, afin de s'établir en Italie. Le père ne consent pas à ce déménagement.

Par décision du 28 janvier 2020, le *Bezirksgericht* attribue la garde de l'enfant à la mère et fixe un droit de visite au père. Par jugement sur appel du 21 juin 2021, le Tribunal cantonal confie la garde de l'enfant au père, au vu du départ volontaire de la mère à l'étranger, et prévoit un droit de visite en faveur de cette dernière.

Le père et la mère interjettent tous deux un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. Ce dernier doit notamment déterminer si un appel contre des mesures protectrices de l'union conjugale portant sur le droit de garde de l'enfant constitue une procédure de retour au sens de la Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96 ; RS 0.211.231.011).

Droit

En matière internationale, la loi sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) régit la compétence des autorités judiciaires suisses, sous réserve de traités internationaux (art. 1

LDIP). En l'occurrence, c'est la CLaH96, par renvoi de l'art. 85 al. 1 LDIP, qui définit l'autorité compétente.

L'art. 5 par. 1 CLaH96 prévoit en particulier que les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. Si l'enfant établit sa résidence habituelle dans un nouvel État contractant, les autorités de cet État-ci deviennent en principe immédiatement compétentes (art. 5 par. 2 CLaH96). Le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique ainsi pas à la CLaH96, contrairement à ce que prévoit l'art. 64 al. 1 let. b CPC.

Cette règle de transfert de compétence souffre toutefois de plusieurs exceptions. L'une d'elles est le déplacement ou le non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96. L'illicéité, respectivement la licéité, se définit en fonction du droit national de l'État de provenance, soit l'art. 301*a* al. 2 lit. a CC en cas de départ depuis la Suisse. Cette disposition prévoit que, pour déplacer le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger, les parents exerçant conjointement l'autorité parentale doivent obtenir l'accord de l'autre parent ou, à défaut, une décision judiciaire. Le législateur n'a sciemment pas prévu de sanction par les tribunaux suisses en cas de violation de l'art. 301*a* CC par un déplacement à l'étranger de l'enfant.

Lors d'un déplacement ou d'un non-retour illicite (art. 7 par. 2 CLaH96), la CLaH96 permet de requérir le retour de l'enfant (art. 12 CLaH96) et de bloquer le transfert de compétence jusqu'à ce que la personne ayant le droit de garde consente au déplacement ou au non-retour ou que l'enfant ait résidé dans cet autre État pour au moins un an après que la personne ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, lorsqu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (art. 7 par. 1 CLaH96). Cette procédure de retour ne vise qu'à ramener physiquement l'enfant dans la juridiction de l'État de provenance. Le parent souhaitant le retour de l'enfant doit entamer cette procédure devant les autorités de l'État d'arrivée (art. 12 par. 1 CLaH96). Lorsque l'État de provenance et celui d'arrivée sont des États parties à la CLaH96, une procédure suisse de protection de l'union conjugale, de même qu'un appel à ce sujet, ne sont pas assimilables à

la procédure de retour au sens de la CLaH96. La présente affaire doit être distinguée de celle de l'arrêt 5A_105/2020 du 16 novembre 2020, dans lequel le Tribunal fédéral a admis qu'une demande suisse de modification du jugement de divorce devait être assimilée par analogie à une demande de retour. En effet, dans ce dernier cas de figure, l'enfant avait été déplacé dans un État non partie à la CLaH96 pour lequel s'appliquait la *perpetuatio fori*.

En l'espèce, la mère et l'enfant ont établi un nouveau domicile en Italie en septembre 2019. Bien qu'au courant du nouveau lieu de résidence de l'enfant, le père n'a entamé aucune procédure de retour. Contrairement à l'avis de ce dernier, la procédure suisse de protection de l'union conjugale ou l'appel devant le Tribunal cantonal ne constituaient pas des procédures de retour au sens de la CLaH96. En septembre 2020, il y a donc eu un transfert de compétence des autorités suisses à celles italiennes, de sorte que le Tribunal cantonal n'était pas compétent pour statuer sur cette cause.

Partant, le recours de la mère est admis sur ce point. Comme le *Bezirksgericht* n'a statué que quelques mois après le départ en Italie, il était compétent pour statuer sur la garde et le droit de visite. Il convient par conséquent d'annuler le jugement du Tribunal cantonal et de ne pas entrer en matière sur l'appel du père, de sorte que c'est la réglementation selon la décision *Bezirksgericht* qui s'applique.

Proposition de citation : Elena Turrini, La procédure de retour au sens de la CLaH96, in: https://lawinside.ch/1302/