

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26660/2007

ACJC/788/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure accélérée

AUDIENCE DU VENDREDI 19 JUIN 2009

Entre

X_____, domicilié _____ Genève, appelant d'un jugement rendu par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 13 novembre 2008, comparant par Me Pascal Petroz, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Y_____, domiciliée _____ USA, intimée, comparant d'abord en personne, puis par Me Henri-Philippe Sambuc, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23.06.2009.

EN FAIT

- A. a)** Les époux X_____, né le _____ 1960 à V_____, originaire de W_____ (GE), et Y_____, née Z_____ le _____ 1963 à U_____ (Brésil), originaire de W_____ (GE) et ressortissante brésilienne, se sont mariés le 25 avril 1983 à U_____ (Brésil).

Quatre enfants sont issus de cette union, à savoir : A_____, né le _____ 1999 à W_____, B_____, née le _____ 2001 à W_____, C_____, née le _____ 2002 à Honolulu (États-Unis/Hawaii) et D_____, née le _____ 2004 à Honolulu (États-Unis/Hawaii). C_____ et D_____ possèdent la double nationalité américaine et suisse.

b) En 2003, la famille XY_____ s'est installée à Honolulu. Néanmoins, elle s'est vu refuser toute autorisation de séjour par les autorités américaines en avril 2004. Les époux XY_____ ont, cependant, entrepris des démarches - dont le résultat n'est pas connu - afin de régulariser cette situation.

c) En mai 2004, X_____ a quitté Hawaii pour revenir s'établir à Genève, tandis que Y_____ est restée à Honolulu avec les enfants.

Les époux vivent séparés depuis lors, Y_____ refusant de rejoindre son époux à Genève. Ainsi, depuis 2003, les enfants vivent et sont scolarisés de manière continue à Honolulu. Ils sont cependant toujours inscrits auprès de l'Office cantonal de la population de Genève comme étant domiciliés à la rue _____ à Genève.

- B. a)** Le 3 mars 2007, Y_____ a formé une demande en divorce, avec mesures provisoires, par devant la juridiction de Hawaii.

b) Par décision du 5 avril 2007, le Tribunal des affaires familiales de Hawaii a attribué provisoirement à Y_____ la garde des enfants, la jouissance exclusive du logement loué par les parties à Honolulu et a fait interdiction à X_____ d'emmener les enfants hors de la ville d'Honolulu.

c) Par ordonnance sur mesures provisoires du 5 septembre 2008, le Tribunal des affaires familiales de Hawaii, après avoir confirmé sa compétence *ratione materiae et ratione personae*, a également fixé la pension alimentaire due par X_____ à Y_____ avec effet rétroactif au 5 avril 2007. X_____ a formé une demande en reconsidération de cette décision, laquelle a été rejetée le 8 octobre 2008.

d) Sur le fond, aucune décision n'a encore été rendue par le Tribunal des affaires familiales de Hawaii.

-
- C. a)** Le 30 novembre 2007, X_____ a formé une demande unilatérale en divorce par devant le Tribunal de première instance de Genève. Il a en particulier conclu au prononcé du divorce, à ce que l'autorité parentale, ainsi que le droit de garde sur les quatre enfants lui soient attribués et à ce qu'un large droit de visite soit réservé à son épouse.

Il a également sollicité le prononcé de mesures provisoires, objet de la présente procédure, tendant à ce que la garde des enfants lui soit attribuée et à ce qu'un large droit de visite soit réservé à son épouse. Il a, en outre, renoncé à toute contribution d'entretien pour les enfants.

b) Par jugement du 13 novembre 2008, le Tribunal de première instance s'est déclaré incompétent *ratione loci* pour statuer sur mesures provisoires. Il a rappelé que les enfants avaient leur résidence habituelle à Honolulu depuis 2003 et qu'en conséquence les juridictions des Etats-Unis étaient seules compétentes pour se prononcer sur les questions relatives aux droits parentaux et aux relations personnelles, conformément à l'art. 85 LDIP ainsi qu'à la Convention de La Haye de 1961 (RS 0.211.231.01; ci-après : "La Convention" ou "CPM"), laquelle est applicable à titre de droit national et par analogie. Par ailleurs, il a considéré que l'argumentation de X_____, fondant la compétence des autorités genevoises sur l'article 4 de la Convention, devait être écartée, car l'application de cette disposition ne pouvait être admise qu'avec une extrême réserve.

- D. a)** X_____ appelle de ce jugement. Il fait grief au premier juge d'avoir écarté l'article 4 de la Convention en se bornant à indiquer que cette disposition devait être utilisée avec une extrême réserve, sans en examiner une éventuelle application. A l'appui de cette argumentation, il invoque, en substance, craindre l'obstination de son épouse à faire vivre les enfants à Honolulu, alors qu'ils n'ont pas d'autorisation de séjour et qu'ils pourraient dès lors être expulsés de cet Etat du jour au lendemain. Il estime être mieux à même que son épouse d'offrir à ses enfants la stabilité et l'équilibre dont ils ont besoin, affirmant posséder la patience et le calme dont son épouse serait totalement dépourvue. Enfin, il reproche à son épouse des actes de maltraitance envers les enfants - en se fondant sur le témoignage de leur ancienne nourrice, laquelle a été interrogée dans le cadre de l'instruction menée par le Tribunal des affaires familiales de Hawaii - et se dit profondément inquiet pour leur équilibre, les enfants étant totalement livrés à leur mère, qui souffrirait de sérieux troubles psychologiques. Il allègue ainsi que l'intérêt de ses enfants exige une intervention rapide des autorités suisses, qui ont la possibilité de prendre des mesures de protection en vertu de l'article 4 de la Convention.

b) Dans sa réponse, Y_____ conclut à ce que X_____ soit débouté de toutes ses conclusions et à ce qu'il soit condamné à une amende pour téméraire plaideur. Elle soutient que seules les autorités de résidence des enfants, soit en l'espèce le

Tribunal des affaires familiales de Hawaii, sont compétentes en vertu de la CPM et que cette compétence est reconnue par la Suisse. En outre, elle relève que des mesures provisoires ont d'ores et déjà été prises, à juste titre, par le Tribunal des affaires familiales de Hawaii, qui avait été saisi en premier lieu. Elle fonde son argumentation quant à la condamnation de X_____ à une amende pour téméraire plaideur sur le fait que ce dernier n'ignorait pas que les autorités américaines étaient saisies d'une demande en divorce, avec mesures provisoires, sur lesquelles le Tribunal des affaires familiales de Hawaii avait d'ores et déjà statué.

- E. Sur le fond, le Tribunal de première instance, par jugement du 11 décembre 2008, a notamment prononcé le divorce des époux XY_____ et s'est déclaré incompetent *ratione loci* pour statuer sur les effets accessoires concernant les enfants.

X_____ a appelé de ce jugement et Y_____ a formé appel incident. La cause est actuellement pendante devant la Cour, X_____ bénéficiant d'un délai au 29 mai 2009 pour répondre à l'appel incident.

- F. Lors de l'audience de plaidoiries sur mesures provisoires du 8 mai 2009, X_____ a requis formellement qu'un deuxième échange d'écritures soit ordonné ou que la Cour de céans sursoie à statuer jusqu'à ce qu'il ait répondu sur l'appel incident formé par Y_____ dans la procédure au fond. X_____ a justifié sa requête en raison du renvoi à la procédure au fond contenu dans les écritures sur mesures provisoires de son épouse. Dans la mesure où il n'a pas encore répondu aux allégations de son adverse partie, il estime que la Cour ne doit pas prendre en considération les arguments figurant dans la procédure au fond ou doit lui laisser la possibilité de s'exprimer avant de statuer. Y_____ s'est opposée à cette requête.
- G. Pour le surplus, l'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

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

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

2. **2.1.** En matière de mesures provisoires, le juge statue selon les règles de la procédure accélérée, en fonction des preuves immédiatement disponibles (art. 382 al. 3 LPC), en faisant abstraction des circonstances qui ne peuvent pas être élucidées sans une instruction impliquant le recours à des mesures probatoires

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

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

- 3. 3.1.** Saisis valablement d'une action en divorce, les tribunaux suisses sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires, sauf si leur incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée (art. 62 al. 1 LDIP). Toutefois, l'art. 62 al. 3 LDIP réserve, sans distinction entre la compétence (traitée à l'art. 62 al. 1) et le droit applicable (traité à l'art. 62 al. 2 LDIP), les dispositions en matière de filiation (art. 82 et 83 LDIP) et de protection des mineurs (art. 85 LDIP) - mais non pas celles en matière d'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant mineur (art. 79 al. 1 LDIP).

Selon l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses est régie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant cette matière. Relève en particulier de la protection des mineurs, l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, de même que la détermination des relations personnelles à l'occasion d'une procédure de divorce (ATF 126 III 298 = SJ 2000 I 477; ATF 123 III 411 = JdT 1998 I 269).

A teneur de l'art. 1 CPM, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont, sous réserve des art. 3, 4 et 5 al. 3 du même texte, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Le sort provisoire de l'enfant mineur (garde, droit de visite, mesures tutélaires) relève, selon le Tribunal fédéral, des règles de compétence de la CPM, par le double renvoi des art. 62 al. 3 et 85 LDIP, de sorte que seule sa résidence habituelle durant la procédure est déterminante - même lorsque cette résidence habituelle est dans un pays non contractant, comme les États-Unis d'Amérique. Ainsi, le juge suisse ne peut admettre sa compétence que si l'enfant a sa résidence habituelle en Suisse au moment du dépôt de la demande (arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 1998 publié in : SJ 1999 p. 221 consid. 3a cc, et cité chez DUTOIT, Commentaire, 4^{ème} éd. 2005, n. 5 ad art. 62 LDIP).

La notion de résidence habituelle, au sens de la CPM, doit être interprétée à la lumière du but et de l'esprit de ce traité, même si elle correspond en règle générale à celle de l'art. 20 LDIP (arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 1998 publié in : SJ 1999 p. 221 consid. 3b aa). Cette notion est axée sur une situation de fait et

implique la présence physique dans un lieu donné; il s'agit du centre effectif de la vie propre de l'enfant, nonobstant les droits parentaux sur sa personne (arrêt du Tribunal fédéral 5A_263/2008 du 9 juillet 2008 consid. 2.5). Les faits extérieurs perceptibles sont déterminants (ATF 129 III 288 consid. 4.1), et l'intégration sociale (liens familiaux, école) d'une certaine durée, au lieu de séjour actuel, y fonde une résidence habituelle (KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Commentaire zurichois 2004, n. 48 ad art. 20 LDIP). La résidence en un lieu donné existe lorsque l'enfant y séjourne pendant un an ou plus (SIEHR, Commentaire zurichois 2004, n. 19 ad art. 85 LDIP; cf. aussi LEUMANN LIEBSTER, FamPra 2002 p. 513).

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

En outre, le Tribunal des affaires familiales de Hawaii a été saisi d'une requête identique au mois de mars 2007 et a attribué provisoirement la garde à la mère des enfants, ce que n'ignorait pas l'appelant au moment de la rédaction du présent appel. Partant, il y a litispendance sur le fond, raison pour laquelle les tribunaux genevois doivent également décliner leur compétence.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le premier juge s'est déclaré incompétent *ratione loci*, pour les mesures provisoires concernant ces enfants.

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

4.1. Conformément à cette disposition, si les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant considèrent que l'intérêt du mineur l'exige, elles peuvent, après avoir avisé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle, prendre selon leur droit interne les mesures nécessaires à la protection de sa personne ou de ses biens.

Si le mineur est double national, chacune de ses nationalités peut être prise en compte, pour justifier l'application de la norme précitée (SIEHR, op. cit., n. 66 ad art. 85 LDIP), encore qu'une partie de la doctrine recommande de se fonder sur le critère de la nationalité effective telle que la définit l'art. 23 al. 2 LDIP (BUCHER, Droit international privé suisse, Vol. II, no 880). Comme A_____, B_____, C_____ et D_____ possèdent tous la nationalité suisse, les tribunaux genevois seraient compétents au regard de l'art. 4 CPM, en fonction du principe posé à l'art. 23 al. 1 LDIP.

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

4.2. Or, le Tribunal de première instance n'a pas sollicité l'avis des autorités américaines avant de se déclarer incompétent *ratione loci*. La norme est donc inapplicable, ce d'autant plus que le Tribunal des affaires familiales de Hawaii a d'ores et déjà statué.

De surcroît, il n'a été ni établi ni rendu vraisemblable qu'une intervention immédiate des instances judiciaires ou administratives se justifierait, en particulier sur mesures provisoires, pour préserver les enfants d'un danger imminent. A cet égard, le seul témoignage de l'ancienne nourrice des enfants n'est pas suffisant. Au surplus, en concluant lui-même à l'octroi d'un large droit de visite sur les enfants en faveur de l'intimée, l'appelant reconnaît que celle-ci n'est pas entièrement incapable de s'occuper des enfants.

5. Partant, le jugement attaqué, retenant l'incompétence *ratione loci* des tribunaux genevois au stade des mesures provisoires, sera confirmé.
6. L'appelant, qui succombe intégralement, sera condamné en tous les dépens d'appel, qui comprendront une indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat (art. 176 al. 1 et 181 al. 3 LPC). En effet, dans la mesure où l'appelant a délibérément tu l'existence de la procédure intentée par l'intimée à Hawaii - procédure à laquelle il a participé -, il ne se justifie pas, en équité, de compenser les dépens (art. 176 al. 3 LPC).

D'autre part, l'intimée a conclu à la condamnation de l'appelant à une amende pour téméraire plaideur.

L'art. 40 LPC traite des contraventions de procédure par une partie au procès, en particulier celle qui pour fonder sa demande ou sa défense, a recours à des allégations intentionnellement inexactes, à des imputations calomnieuses ou à tout autre moyen de mauvaise foi (lit. a) ou, qui fait un emploi abusif des procédures prévues par la loi, notamment en agissant ou en défendant de manière téméraire (lit. c). A cet égard, il convient d'être prudent dans l'appréciation du caractère abusif ou téméraire d'une action ou d'une défense, sans quoi il y a un risque d'entraver de manière excessive le recours aux tribunaux. C'est celui qui multiplie les procédures inutiles ou qui s'obstine à soutenir des moyens infondés qui mérite sanction (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4 ad art. 40).

De plus, la doctrine considère que le devoir de loyauté implique que les parties renoncent au mensonge, que ce soit par action ou par omission. Un exposé contraire à la vérité peut donc être sanctionné, qu'il soit contenu dans une écriture ou qu'il résulte de l'interrogatoire des parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 40).

Or, l'appelant a fait preuve de mauvaise foi en omettant d'indiquer qu'une procédure identique à celle qu'il a intentée à Genève était déjà pendante à Hawaii. Toutefois, la présente procédure s'inscrit dans un contexte familial délicat, si bien que le comportement de l'appelant doit être relativisé. En conséquence, la Cour condamne l'appelant à une amende pour téméraire plaideur limitée à 1'000 fr.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X_____ contre le jugement JTPI/15204/2008 rendu le 13 novembre 2008 par le Tribunal de première instance dans la cause C/26660/2007-9.

Au fond :

Confirme le jugement attaqué.

Condamne X_____ à payer une amende de procédure de 1'000 fr.

Condamne X_____ en tous les dépens d'appel, qui comprennent une indemnité de procédure de 500 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de Y_____.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Renate PFISTER-LIECHTI et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame C_____ DESCHAMPS, greffière.

Le président :

François CHAIX

La greffière :

C_____ DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); concernant les mesures provisoires, les moyens sont limités en application de l'art. 98 LTF. Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.