

# Jurisprudence choisie en droit de la famille

Une sélection d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral d'octobre 2014 à septembre 2015.

## 1. La parole de l'enfant et son impact suivant l'âge

**1.1. Modification de compétence *ratione loci* en raison du changement licite de domicile d'un mineur. Nouveau domicile concomitant au passage de la frontière, en raison de la ferme volonté de l'enfant de 14 ans de se constituer une résidence habituelle chez son parent non gardien. Qualité de partie reconnue à l'enfant au procès en modification du jugement de divorce de ses parents.**

TF 5A\_313/2014 du 9 octobre 2014.

En droit international privé, la situation de fait qui conditionne la compétence des tribunaux peut évoluer au fil du temps. En principe, les conditions de recevabilité initiales déterminent les règles de compétence et la loi applicable jusqu'à l'issue du litige, de sorte que, lorsqu'un tribunal est localement compétent au moment de la création de la litispendance, il le reste même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite; c'est le principe de la *perpetuatio fori*. Toutefois, selon la jurisprudence du TF, la CLaH96 présente une exception à ce principe (arrêts 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 c. 3.1.1; 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 c. 2.3.2; 5A\_622/2010 du 27 juin 2011

c. 3) Selon l'art. 5 CLaH96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat 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 (al. 1). En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (al. 2). Le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique donc pas (arrêts 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 c. 3.1.1; 5A\_622/2010 du 27 juin 2011 c. 3 et les références citées, singulièrement la note précisant que la proposition de plusieurs Etats, selon laquelle un tribunal saisi devrait conserver sa compétence jusqu'au terme de la procédure, a été rejetée par une large majorité de la Commission). Il s'ensuit que, dans les relations entre Etats contractants, le changement (licite) de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence (arrêt 5A\_146/2014 du 19 juin 2014 c. 3.1.1; s'agissant de la CLaH61: ATF 132 III 586 c. 2.2.4 p. 591). Le transfert de la résidence dans un autre Etat contractant produit le même

effet lorsque le mineur déplace sa résidence habituelle postérieurement au commencement de la procédure, même si l'instance est pendante en appel, c'est-à-dire devant une autorité pouvant revoir la cause tant en fait qu'en droit; cette autorité perd la compétence pour statuer sur les mesures de protection (arrêt 5A\_622/2010 du 27 juin 2011 c. 3; concernant la CLaH61: ATF 132 III 586 c. 2.3.1 p. 592, avec les références; BUCHER, *op. cit.*, n° 24 *ad art.* 85 LDIP). Il suit de là que l'art. 13 CLaH96 – qui prévoit que les autorités d'un Etat contractant qui sont compétentes selon les art. 5 à 10 pour prendre des mesures de protection de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des art. 5 à 10 et sont encore en cours d'examen – s'applique uniquement lorsque le transfert de résidence habituelle a lieu en cours d'instance. Il résulte en outre de ce qui précède qu'une mesure rendue par un tribunal étranger ayant statué alors que l'enfant avait déjà transféré sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant ne peut être reconnue (ATF 132 III 586 c. 2.2.4 p. 591) (c. 7.3.).



Anne Reiser,  
avocate<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Chargée de cours à l'Ecole d'avocature de Genève.

En l'espèce, il faut considérer que l'enfant, qui est âgé de 14 ans et capable de discernement, a pris, par l'intermédiaire de son avocate, des conclusions propres allant au-delà de sa simple représentation en procédure par sa curatrice. Il a ainsi la qualité de partie (c. 8).

### **1.2. Poids de la parole de l'enfant en cas d'enlèvement.**

5A\_617/2015 du 24 septembre 2015.

**Enlèvement international d'une fillette de 8 ans. Ordre de retour?** L'article 13 CEI, permettant de ne pas ordonner le retour d'un enfant enlevé en cas de risque sérieux que le retour expose le mineur à un danger physique ou psychique ou le mette autrement dans une situation intolérable, doit être interprété strictement (c. 3.1). La séparation du mineur et de son parent de référence ne constitue pas, en soi, une cause empêchant le retour, sauf, envers la mère, si le mineur a moins de 2 ans (c. 3.3.1.1). Le souhait d'une fillette de 8 ans de rester en Suisse avec sa mère est sans pertinence, vu son âge (c. 3.3.1.3). Dès lors, aucun motif avancé par la recourante (séparation d'avec la mère, situation économique précaire du père en Irlande, intégration de la fillette en Suisse et souhait d'y rester) ne remplit les conditions de l'art. 13 CEI et le retour de l'enfant doit être ordonné (c. 3.3.1.4).

### **1.3. Les parents privés d'accès intégral à la parole de l'enfant qui s'exprime sur sa garde.**

5A\_88/2015 du 5 juin 2015.

**Audition de l'enfant (art. 298 al. 2 CPC). Droit d'être entendu des parents (art. 29 al. 2 Cst.).** Le droit d'être entendu des parents n'est pas violé lorsqu'il leur

est possible de prendre position sur les informations nécessaires à la décision consignées dans le procès-verbal de l'audition de l'enfant, conformément à l'art. 298 al. 2 CPC. La même réglementation se trouve à l'art. 314a al. 2 CC. En outre, les parents n'ont pas un droit d'accès aux détails de l'audition (c. 3.3.1 et 3.3.2).

**Rétablissement du droit de garde (art. 310 al. 3 CC).** Sont déterminants pour rétablir le droit de garde, la relation psychique entre l'enfant et le parent, la capacité éducative et le sens des responsabilités du parent. La pondération se fera entre le droit du parent à une prise en charge personnelle et l'intérêt de l'enfant à une relation stable. Les relations au moment du retrait du droit de garde sont ici déterminantes. Les causes de la mise en danger de l'enfant sont ici sans importance. Le juge qui accorde plus de poids au souhait de l'enfant compte tenu de son âge et au fait que ce dernier vit depuis longtemps chez la personne qui en a la garde, ne viole pas la loi (c. 4.3.1 et 4.3.2).

## **2. Responsabilité de l'Etat pour non-exécution de jugements relatifs aux relations personnelles?**

### **2.1. Inexécution d'une décision et responsabilité.**

TF 5A\_200/2015 du 22 septembre 2015.

Le TF ne peut pas statuer sur le reproche fait à l'Autorité de protection de l'enfant de ne pas exécuter une décision entrée en force dans le cadre d'une procédure sur la délimitation des relations personnelles. Une action en responsabilité (art. 454 CC) devrait être intentée à l'encontre de l'Etat (c. 4.2).

## **3. Enfants majeurs: la rancune ne paie plus**

### **3.1. Comportement hostile de l'enfant majeur.**

TF 5A\_137/2015 du 9 avril 2015.

#### **Entretien d'un enfant majeur.**

Le refus d'une contribution d'entretien en faveur d'un enfant majeur est justifié quand l'absence de relations personnelles avec le parent est due au seul comportement gravement fautif de l'enfant. Ce dernier doit avoir provoqué la rupture par son refus injustifié d'entretenir des relations personnelles, par son attitude gravement querelleuse ou son hostilité profonde. En cas de divorce des parents, une réserve particulière s'impose, et il faut tenir compte des vives émotions que le divorce peut faire naître chez l'enfant et des tensions qui en résultent. Toutefois, si l'enfant persiste, après être devenu majeur, dans l'attitude de rejet adoptée lors du divorce à l'égard du parent qui n'avait pas la garde, bien que celui-ci se soit comporté correctement envers lui, cette attitude inflexible lui est imputable à faute. Si l'enfant n'est pas le seul responsable de la cessation des relations personnelles entre lui et son père, en raison d'une faute particulièrement grave qui lui serait imputable, l'inexistence de liens ne saurait légitimer une cessation de son droit à l'entretien (c. 5.1).

### **3.2. Possibilité de réduire la contribution alimentaire?**

TF 5A\_64/2015 du 2 avril 2015.

**Refus de tout entretien d'un enfant majeur.** L'absence de relations personnelles entre l'enfant majeur et l'un de ses parents, attribuée au seul comportement du demandeur d'ali-

ments, peut justifier un refus de toute contribution d'entretien. L'attitude de l'enfant doit néanmoins lui être imputable à faute. L'enfant doit avoir violé gravement les devoirs qui lui incombent en vertu de l'art. 272 CC, et dans les cas où les relations personnelles sont rompues, avoir provoqué la rupture par son refus injustifié de les entretenir, son attitude gravement querelleuse ou son hostilité profonde (c. 5.1.1).

**Possibilité de réduire la contribution d'entretien à un enfant majeur?** La doctrine admet que la contribution d'entretien due sur la base de l'art. 277 al. 2 CC puisse être réduite dans son montant ou sa durée, notamment en raison de la rupture des relations personnelles sans faute exclusive imputable au parent débiteur d'aliments ou à l'enfant majeur (cf. les références *in* 5A\_560/2011 du 25 novembre 2011, c. 4.1.2). Cette interprétation est confortée par le Message du Conseil fédéral (FF 1974 II 1 ss, p. 58). Pour sa part, le TF a laissé la question ouverte (ATF 111 II 413, c. 5a, p. 419) et ne la tranche pas non plus dans le cas d'espèce (c. 5.1.2).

## 4. Droits de l'enfant et gestation pour autrui

### 4.1. La position du TF

#### 4.1.1. Mère de substitution (art. 2 lit. k LPMA).

TF 5A\_748/2014 du 21 mai 2015 (publication prévue).

Le recours à une mère de substitution est interdit en Suisse (art. 119 al. 2 lit. d Cst. féd. et art. 4 LPMA) (c. 4.2.1 et 4.2.3).

**Contrariété à l'ordre public suisse (art. 27 LDIP).** Il n'est pas contraire à l'ordre public de reconnaître un lien de filiation envers deux hommes liés par un

partenariat enregistré (c. 5.2). En revanche, les faits démontrent la volonté des intéressés, qui n'ont pas de lien avec les Etats-Unis, de contourner l'interdiction du droit suisse en allant recourir à une mère porteuse en Californie (c. 5.3.2). Reconnaître le lien de filiation avec le partenaire du géniteur de l'enfant aurait, dans ces circonstances, pour effet de promouvoir le tourisme de procréation et de rendre inopérante l'interdiction du recours à une mère de substitution (c. 5.3.3).

#### 4.1.2. Gestation pour autrui. Pas d'inscription au Registre civil des enfants sans lien biologique.

TF 5A\_443/2014 du 14 septembre 2015. La reconnaissance du certificat de naissance et l'inscription du couple en qualité de parents des enfants dans le Registre d'état civil suisse contreviendrait dans le cas d'espèce à l'ordre public. En Suisse, toutes les formes de gestation pour autrui sont interdites par la Constitution. Cette interdiction vise notamment à éviter que l'enfant ne soit réduit au statut de marchandise et à protéger la mère porteuse d'une éventuelle commercialisation de son corps. L'ordre public est enfreint lorsque l'intégralité du processus de conception a été délocalisée dans le but manifeste de contourner l'interdiction d'avoir recours à la gestation pour autrui en Suisse et que des effets juridiques sont, en parallèle, requis dans ce pays, ce qui est précisément le cas en l'espèce. Les parents d'intention ne se prévalent d'aucune attache avec les Etats-Unis. Ils ont en particulier été domiciliés sans interruption en Suisse. Leur manière de procéder est motivée par le seul fait de vouloir contourner l'interdiction perçue comme fondamentale en

Suisse d'avoir recours à la gestation pour autrui et de satisfaire leur désir d'enfant en se servant d'un ordre juridique qui autorise cette pratique.

On ne peut pas non plus ignorer les similitudes fonctionnelles que présente le cas d'espèce avec l'adoption où un lien de filiation est également créé entre des parents et un enfant qui ne sont liés par aucun lien biologique. Or, dans le cas d'une adoption, autant le droit national que la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoient une multitude de dispositions visant précisément à protéger l'enfant. Une adoption ne peut en particulier avoir lieu sans un contrôle préalable de l'aptitude des adoptants et du bien de l'enfant. Ce souci de protection peut également être pris en considération dans la pesée des intérêts en présence dès lors qu'un tel contrôle du bien de l'enfant n'a jamais eu lieu en l'espèce.

Le refus de reconnaître le lien de filiation dans le cas d'espèce est également compatible avec la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi qu'avec la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. L'insécurité juridique prévalant actuellement pour les enfants peut, en particulier, être écartée en ayant recours à une procédure nationale d'adoption. Leur séjour en Suisse n'est, pour l'heure, pas menacé.

### 4.2. La position de la CrEDH

ACEDH Paradiso et Campanelli contre Italie du 27 janvier 2015 renvoyé devant la Grande Chambre en juin 2015 – Requête n° 25358/12.

Cette affaire concerne la prise en charge par les services so-

ciaux italiens d'un enfant de neuf mois né en Russie à la suite d'un contrat de gestation pour autrui, conclu par un couple – les requérants – dont il fut ultérieurement établi qu'il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant. Les requérants se plaignaient en particulier de l'éloignement de l'enfant, ajouté au refus de reconnaître, par la transcription de son certificat de naissance dans les Registres de l'état civil italien, la filiation établie à l'étranger.

Dans son arrêt de Chambre du 27 janvier 2015, la Cour a conclu, par cinq voix contre deux, à la violation de l'art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. Elle a considéré en particulier que les considérations d'ordre public ayant orienté les décisions des autorités italiennes – qui avaient estimé que les requérants avaient tenté de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui en Italie ainsi que les règles régissant l'adoption internationale – ne pouvaient l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré l'absence de tout lien biologique et la brièveté de la période pendant laquelle les requérants s'étaient occupés de lui. Rappe-

lant que l'éloignement d'un enfant du contexte familial est une mesure extrême ne pouvant se justifier qu'en cas de danger immédiat pour lui, la Cour a jugé que, en l'espèce, les conditions pouvant justifier un éloignement n'avaient pas été remplies. La Cour a par ailleurs fait remarquer que ces conclusions ne sauraient toutefois être comprises comme obligeant l'Etat italien à remettre l'enfant aux requérants, ce dernier ayant certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il vit depuis 2013. Le 1<sup>er</sup> juin 2015, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande du Gouvernement italien.

## 5. Contribution du beau-parent au soutien financier du parent

**Mesures protectrices de l'union conjugale: prise en compte, dans le calcul de la contribution au conjoint, de l'entretien des enfants non-communs.**

5A\_272/2015 du 7 juillet 2015.

Lorsque l'enfant issu d'une précédente union vit dans la communauté familiale, le coût de

son entretien est pris en compte selon l'art. 163 CC. Le nouveau conjoint subvient aux dépenses d'entretien de la famille diminuées des prestations versées pour l'enfant et remplit ainsi en même temps son devoir d'assistance en tant qu'époux (art. 163 al. 1 CC) et beau-père (art. 278 al. 2 CC). Pour cette raison, quand, durant la vie commune, le nouveau conjoint a subvenu aux besoins de l'enfant de son époux en ayant conscience que celui-ci a renoncé à la contribution d'entretien due par le parent biologique, il convient d'admettre qu'il existe une convention entre les époux concernant le montant et l'apport financier du beau-père, cette convention devant, selon la jurisprudence, en principe être prise en considération dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. L'arrêt 5A\_743/2012 n'était d'aucun secours au recourant. En effet, dans cette affaire, le TF avait jugé que, en principe, la contribution due à l'entretien de la famille devait être arrêtée de manière différenciée pour le conjoint, d'une part, et les enfants, d'autre part. Il s'agissait toutefois de fixer les pensions pour l'épouse et les enfants

# Plaidoyer aussi sur internet

**www.plaidoyer.ch** classe les articles par rubriques et par thèmes, afin de faciliter leur consultation par les abonnés. Il reste toutefois possible de lire un numéro entier ou de faire des recherches par mots clés.



communs du couple. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque l'intimée n'avait requis qu'une contribution pour son propre entretien.

## 6. Copropriété immobilière: retour au texte légal

### Liquidation du régime matrimonial en cas d'immeuble acquis en copropriété. Changement de jurisprudence et retour au texte légal .

5A\_621/2013 du 20 novembre 2014.  
Aux termes de l'art. 206 CC, lorsqu'un époux a contribué sans contrepartie correspondante à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de biens de son conjoint qui se retrouvent à la liquidation avec une plus-value, sa créance est proportionnelle à sa contribution et elle se calcule sur la valeur actuelle des biens; en cas de moins-value, il peut en tout cas réclamer le montant de ses investissements. Par convention écrite, les époux peuvent écarter ou modifier la part à la plus-value d'un bien. Il faut donc déterminer en l'espèce si l'immeuble acquis en copropriété par moitié par les époux, soumis au régime de la participation aux acquêts, au moyen de biens propres et d'acquêts appartenant à l'époux et au moyen d'un crédit hypothécaire souscrit par les deux époux, donne lieu à récompense au sens de l'art. 206 al. 1 CC. Il y a lieu de distinguer le rapport fondé sur les droits réels (rapport externe) du rapport découlant du régime matrimonial (rapport interne). La copropriété n'est ainsi pas un rapport spécial entre époux, qui demeurerait hors régime matrimonial; chaque part de copropriété de l'immeuble doit être intégrée à une masse matrimo-

niale, comme le serait un immeuble acquis en pleine propriété, déjà au moment de l'acquisition. Sur le plan externe, en particulier à l'égard des tiers, l'époux inscrit au Registre foncier pour une part de copropriété par moitié de l'immeuble dispose d'une quote-part d'une demie de celui-ci (art. 646 CC). A titre interne, cette indication figurant au Registre foncier peut tout au plus servir d'indice, mais elle n'est en elle-même pas décisive; il s'agit bien, plutôt, de savoir comment cette part a été financée économiquement, en particulier si elle a été acquise au moyen d'une contribution effectuée par le conjoint. Contrairement à ce qu'a implicitement admis l'ATF 138 III 150, il n'y a pas lieu de présumer que les époux ont voulu exclure la participation à la plus-value de l'époux qui a financé l'acquisition, ni qu'ils ont voulu répartir la dette hypothécaire (dont ils sont tous les deux débiteurs envers la banque) autrement que par moitié, ce qui, comme l'expose P.-H. STEINAUER, reviendrait à écarter indirectement l'application de l'art. 206 CC; conformément à l'art. 206 al. 3 CC, les époux qui veulent écarter la participation à la plus-value de l'art. 206 al. 1 CC doivent le faire par une convention en la forme écrite. A défaut, la participation à la plus-value est ainsi la règle.

## 7. Révocabilité des conventions de divorce: les errements du TF

### Dans une jurisprudence difficilement compréhensible, le TF oublie manifestement les travaux parlementaires ayant abouti à l'abrogation de l'al. 2 de l'art. 111 a CC.

5A\_683/2014 du 18 mars 2015.

**Révocation d'une convention sur les effets accessoires du divorce.** La convention sur les effets accessoires produite avec une demande unilatérale en divorce, ou conclue par les parties au cours de la procédure, lie celles-ci. Un époux ne peut donc pas la révoquer unilatéralement, mais seulement demander au juge de ne pas la ratifier. Il en va de même lorsque le conjoint consent au divorce ou dépose une demande reconventionnelle en divorce. En effet, ce n'est que si la convention sur les effets accessoires a été conclue et produite avec une requête commune en divorce au sens des art. 111 ou 112 CC qu'elle est librement révocable (c. 2.1).

**Contribution d'entretien en faveur des enfants.** Le juge ne ratifiera les accords des parents que s'ils sont compatibles avec le bien de l'enfant. Pour s'en assurer, il jouit d'un large pouvoir d'appréciation et d'investigation, dans le cadre des maximes d'office et inquisitoire applicables (296 CPC). Le juge ne doit néanmoins pas s'écarter sans raisons sérieuses des solutions auxquelles sont parvenus les deux parents (c. 5.1).

**Ratification de la convention sur les effets accessoires du divorce.** Le juge doit veiller à ce que la convention ait été conclue par les parties après mûre réflexion et de leur plein gré (art. 279 al. 1 CPC). Avant de ratifier une convention, le juge doit donc, d'une part, contrôler que les époux aient compris les dispositions de leur convention et les conséquences qu'elles impliquent, veillant notamment à ce que celle-ci n'ait pas été conclue dans la précipitation ou acceptée par lassitude. D'autre part, il doit s'assurer que les époux ont formé leur volonté et l'ont communiquée librement (c. 6.1). |