

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 2 ^e éd. 2025	Mise à jour Andreas Bucher 4.2.2025
---	--

Chapitre 5 Tutelle, protection de l'adulte et autres mesures protectrices

Art. 85

Législation – Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)
 Une consultation est en cours sur une révision partielle de la LTF (FF 2024 3071), reprenant ainsi sur de nouvelles bases le projet qui n'a pas abouti en 2018 (n° 18.051, FF 2018 p. 4713 ss, 4753, 4775). Il est proposé de simplifier la rédaction de l'art. 100 al. 2, lit. c, fixant un délai de recours de 10 jours contre les décisions prises par une instance cantonale unique « au sens de l'art. 7 LF-EEA », sans mentionner également les litiges fondés sur les Conventions de protection de 1996 et 2000. Par ailleurs, il est proposé de ne pas compter parmi les cas de suspension de délais pendant les fêtes judiciaires les mesures de protection et les décisions prises en application de la LF-EEA et des Conventions de La Haye de 1996 et 2000 (art. 46 al. 2 lit. f). Tel que le texte est rédigé, il ne comprend pas les décisions fondées sur la Convention de Luxembourg de 1980.

Bibliographie
LDIP et Conventions en général :
 .
Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants :
 Suisse :
 Autres sources :

Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs :

Conventions de 1980 en matière d'enlèvements d'enfants :
 Suisse – LF-EEA :
 Autres sources :

Convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes : CONFÉRENCE DE LA HAYE, Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, La Haye 2024.

Union européenne :
 En général et Règlement Bruxelles II^{bis}:
 Règlement Bruxelles II^{ter}:

Droit international privé étranger et comparé :

35
 11^e ligne, ajouter à l'ATF du 26.3.2024 : ATF 20.11.2024, 5A_917/2023, c. 2.1.1

54
 11^e ligne : ajouter aux ATF cités : ATF 20.11.2024, 5A_917/2023, c. 2.1.2
 15^e ligne, ajouter : le lendemain dans l'ATF du 20.11.2024, l'effet suspendu ayant été accordé trois semaines plus tard, trop tard pour soutenir que le départ était illicite
 In fine, ajouter : Un nouvel arrêt semble annoncer un revirement, dans son style et dans ses termes, même sans le dire explicitement (ATF 21.1.2025, 5A_896/2024). Pour cet arrêt, le retrait de l'effet suspensif est l'exception, ce d'autant plus lorsqu'il a pour conséquence de permettre le déplacement d'un enfant à l'étranger et ce indépendamment de la situation de garde prévalant jusqu'alors. Dès lors que les autorités suisses perdront leur compétence dans le cas d'un tel déplacement, « il n'est en effet pas acceptable que le retrait de l'effet suspensif par l'Autorité de protection de l'enfant ou le rejet de la demande de l'effet suspensif par l'instance de recours crée

un fait accompli et empêche ainsi un jugement effectif par le tribunal suisse initialement compétent » (c. 3.3). Un tel retrait suppose une situation d'urgence en tant que justification exceptionnelle. Or, l'autorité cantonale n'a pas fourni la description d'une telle situation. Il y a donc lieu de restituer l'effet suspensif afin que la mère puisse obtenir devant la cour cantonale une décision au fond (c. 3.4).

56

13^e ligne, ajouter à l'ATF 16.1.2023 : ATF 20.11.2024, 5A_917/2023, c. 1.2

59

In fine, ajouter: Bien que la communication entre les autorités peut être organisée librement et de façon autonome par rapport aux règles nationales, elle peut être renforcée utilement par les dispositions appuyant des échanges à travers les moyens électroniques, telles que le nouvel art. 11 al. 3 et le Règlement 2023/2844 du 13.12.2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et à l'accès à la justice (JOUE 2023 L 2844, p. 1), qui mentionne explicitement que le RB II^{ter} est rattaché au système (art. 2 ch.1, Annexe I, n° 13).

108

In fine, ajouter : On regrettera de voir des affaires dans lesquelles l'art. 35 n'a pas été mentionné (ATF 1.5.2024, 5A_76/2024).

158

7^e ligne, insérer après la mention de l'art. 12 : Cela suppose toutefois que la décision porte sur le constat ultérieur de l'illicéité de ce déplacement (art. 1 lit. d, ii) et non sur un retrait de la garde au parent parti avec l'enfant à l'étranger qui prend effet postérieurement à ce départ (règle méconnue par l'ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 4.2, ainsi que par l'arrêt de révision, ATF 22.5.2015, 5F_6/2015, c. 7).

224

18^e ligne, insérer : La distinction entre ces deux angles de vue n'est pas toujours simple à faire, car ils « se superposent » (ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 4).

227

7^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 20.11.2024, 5A_729/2024, c. 4-6

233

In fine, ajouter : Lorsque la mère de quatre enfants est enceinte du mari, on ne peut simplement ignorer l'impact de la naissance à venir (dans deux mois) sur les conditions du retour des quatre enfants dans le pays du père et d'ordonner que la mère doit y « collaborer » (ATF 24.10.2024, 5A_658/2024).

262

12^e ligne, insérer : ou le révoquer (ATF 20.11.2024, 5A_729/2024, c. 2.2)

Selon l'arrêt, pour prononcer l'interdiction de postuler d'un avocat, il doit exister un « risque de conflit d'intérêts » qui soit « concret » et que la partie concernée doit démontrer. En l'espèce l'associé du cabinet du curateur des enfants aurait assuré la défense du conjoint actuel de la mère, mais dans des circonstances dont l'on ignore tout, si ce n'est que celui-ci n'est pas le père des enfants dont le retour est demandé. L'ATF 149 IV 218 ss, 221-225, qui est cité, ne peut servir d'appui convaincant. Certes, un conflit d'intérêts doit être concret, mais il n'est pas nécessaire que le danger concret se soit réalisé (ATF 149 II 223). L'interdiction des conflits d'intérêts s'étend à l'ensemble de l'Etude (loc.cit.). Le critère décisif est « l'apparence de prévention » (ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 7.2). Face à ces exigences, le raisonnement de l'arrêt du 20.11.2024, c. 2.2.3 paraît bien léger.

Contrairement à ce que l'on entend dans les milieux de la médiation et de la protection des enfants, il n'est pas rare que les curateurs d'enfants enlevés manquent d'engagement lorsque le débat s'engage sur le plan juridique et, en particulier, devant le Tribunal fédéral. Ainsi, dans l'ATF 25.4.2023, 5A_197/2023, la curatrice ne s'est pas déterminée, et dans l'ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, la curatrice a renoncé à déposer des observations, tout en déclarant que les enfants s'en remettent à justice. Celle-ci n'a pas reçu d'indemnité, tandis que la première a pu encaisser frs 500.-. Dans un nouvel arrêt, du 8.1.2025 (5A_850/2024, 5A_885/2024), il est rapporté que la curatrice se serait remise à justice déjà devant la cour cantonale (B.a), puis à nouveau devant le Tribunal fédéral (C.a), demandant tardivement l'audition des enfants (D.) et exigeant que le retour ne devait pas se faire sans obtenir en France des mesures de protection adéquates (C.a).

270

30^e ligne, ajouter à l'ATF du 21.3.2022 : ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.5, dispositif n° 3

274

22^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 5.12.2024, 5A_725/2024, c. 5

291

Ajouter à la fin : ... ou des faits rapportés dans un jugement rendu à l'étranger (ATF 8.10.2024, 5A_543/2024, c. 2.3).

295

19^e ligne, insérer : , ni des préparatifs qui ne rendent pas l'approbation indubitable (ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 5)

In fine, ajouter : ATF cite du 3.12.2024, c. 5.2

312

13^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.5

313

In fine, ajouter : Comme la CJUE autorise le refus de l'exécution d'un mandat d'arrêt, en vertu des art. 7 et 24 de la Charte, en présence d'éléments qui démontrent l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental au respect de la vie privée d'un jeune enfant vivant avec sa mère objet dudit mandat, on peut penser que son approche sera la même lorsqu'une autorité est saisie d'une demande de retour dans de conditions comparables (cf. CJUE 21.12.2023, C-261/22, GN, n° 39-57).

316

14^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.11.2024, 5A_710/2024, c. 3.1

320

In fine, ajouter : On rangera donc hors contexte l'affirmation d'un arrêt que « les motifs liés aux capacités éducatives des enfants n'entrent pas en considération » (ATF 20.11.2024, 5A_729/2024, c. 5.1.1). Certes, ces capacités ne doivent pas être analysées au point de permettre un jugement sur l'attribution de la garde ; cependant, elles peuvent se traduire, lorsqu'elles sont insuffisantes, dans une situation de danger sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b, comme dans le cas d'espèce, impliquant un père qui était suspecté de violence à l'égard de ses enfants depuis leur plus jeune âge, notamment sous la forme de coups de ceinture et de leur mise à genoux, dont la gravité était moindre, pour le Tribunal fédéral, du fait d'avoir donné lieu à une intervention du service de protection de l'enfance (c. 5.2). Dans la même ligne, un autre arrêt conclut que les conditions de vie des enfants n'étaient manifestement pas insupportables à leur retour en Espagne et que la supposée incapacité parentale du père, qui ne pourrait constituer une « figure parentale de référence », ne relevait pas de la procédure d'enlèvement (ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.4), sans répondre à l'argument clé de la cour cantonale, estimant qu'en cas de remise des enfants à leur père, « celui-ci ne pourrait répondre personnellement de manière adaptée à leurs besoins fondamentaux » en raison de ses fréquents déplacements professionnels à l'étranger, le plaçant « dans l'incapacité de s'occuper concrètement et physiquement de ses enfants » (c. 6.2), de telle manière que des mesures de protection pourraient s'avérer nécessaires « au soutien du père dans la prise en charge concrète de ses enfants » (c. 6.5).

325

7^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.11.2024, 5A_710/2024, c. 3.2

358

In fine, ajouter : L'art. 10 LF-EEA offre suffisamment de latitude quant à la mise sur pied de la coopération entre les autorités concernées, en Suisse et dans l'Etat du retour réclamé. Il convient cependant de tenir compte également, voire de respecter comme une instruction, les dispositions appuyant des échanges à travers les moyens électroniques, telles que le nouvel art. 11 al. 3 et le Règlement 2023/2844 du 13.12.2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et à l'accès à la justice (JOUE 2023 L 2844, p. 1), qui mentionne explicitement que le RB II^{ter} est rattaché au système (art. 2 ch.1, Annexe I, n° 13). Cela permet également d'obtenir de vive voix des éclaircissements sur la situation familiale dans la perspective d'un retour, plus explicite que l'échange de témoignages et de rapports.

359

28^e ligne, insérer : La même lacune se trouve dans un autre arrêt, chargeant le service cantonal de l'enfance de veiller à ce que des mesures de protection des enfants soient préparées en Espagne et que la stricte assurance de défaut d'emprisonnement par la mère en Espagne soit obtenue, alors que ces activités sont attribuées au Tribunal fédéral par l'art. 10 LF-EEA et ne relèvent pas de la compétence d'un service de protection de la jeunesse, mais engagent en cas de besoin la collaboration de l'Autorité centrale (ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.5).

367

18^e ligne, ajouter à l'ATF 20.9.2022 : ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.5

Insérer comme avant-dernière phrase : Il ne suffit pas d'ordonner à la mère dans le dispositif de « collaborer » au retour de l'enfant (ATF 24.10.2024, 5A_658/2024 ; ATF13.11.2024, 5A_710/2024).

376

11^e ligne, ajouter à l'ATF du 21.3.2022 : ATF 3.12.2024, 5A_766/2024, c. 6.5, dispositif n° 3

In fine, ajouter : Si le Tribunal fédéral persiste à confier à l'autorité cantonale d'exécution, n'étant pas un tribunal, de vérifier et de respecter une condition comprise dans la décision de retour, telle la levée d'une menace pénale frappant la mère, il subordonne sa décision à une condition suspensive, sans le dire. Cela peut mettre la décision de retour à néant ou provoquer une nouvelle procédure en modification de l'ordre initial, ce que le législateur entendait précisément éviter. Dans aucun des arrêts récents du Tribunal fédéral confiant la vérification d'une situation sur le territoire de l'Etat de provenance et de retour, il est observé que la collaboration interétatique entre les autorités administratives est réservée aux Autorités centrales, tant selon la Convention (art. 7) que selon la LF-EEA (art. 1, 10 al. 2). Une autorité d'exécution, différente d'un tribunal, opère sur le territoire suisse (art. 11 al. 2 LF-EEA) ; elle ne peut agir au-delà des frontières suisses uniquement sous la direction de l'Autorité centrale suisse, quoiqu'en dise le Tribunal fédéral.

382

7^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 8.1.2025, 5A_885/2024