

Résumé et analyse

Art. 59 lit. b LDIP

Proposition de citation :

Simon Othenin-Girard, Divorce international –
For du domicile du demandeur de nationalité
suisse (art. 59 lit. b LDIP), analyse de l'arrêt du
Tribunal fédéral 5A_659/2011, Newsletter
DroitMatrimonial.ch mai 2012

Divorce international – For du domicile du demandeur de nationalité suisse (art. 59 lit. b LDIP), analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_659/2011

Simon Othenin-Girard

Avocat, Dr en droit, Chargé de cours à l'Université de Fribourg

1. Cet arrêt illustre la situation relativement fréquente en matière de divorce international, dans laquelle les parties, dans une forme de marathon préliminaire au contentieux portant sur le fond, s'attachent à créer une instance prioritaire. La présence d'un for du demandeur au divorce (art. 59 lit. b LDIP), offert alternativement avec le for ordinaire du domicile du défendeur (art. 59 lit. a LDIP), accroît cette tendance au *forum shopping* ; la partie prenant l'initiative d'ouvrir les hostilités ayant la faculté de saisir un juge à son domicile souhaite parfois s'assurer le bénéfice d'une saisine prioritaire pour des raisons de commodité pratique (proximité, coûts de la procédure, connaissance des règles de procédure ou d'un mandataire, célérité des tribunaux saisis) ; telle autre, anticipant sur le fond, souhaitant s'assurer l'application de règles de conflit de lois débouchant sur une décision sur les effets accessoires, p. ex. la liquidation du régime matrimonial ou la fixation des pensions, qu'elle prévoit plus favorable pour elle. Cette stratégie peut s'avérer payante, pour autant qu'elle soit doublée d'une anticipation des possibilités d'obtenir la reconnaissance et l'*exequatur* de la décision future à l'étranger, dans l'hypothèse où les actifs à disposition en Suisse sont inexistantes ou insuffisants. Au sein de l'Union européenne, l'unification des règles de compétence en matière matrimoniale (Règlement CE n° 2201/2003 « Bruxelles II^{bis} ») n'a pas freiné cette tendance à la course au for (*forum running*), et pourrait même l'avoir renforcée, compte tenu des nombreux chefs de compétence alternatifs mis à disposition des parties par le règlement, notamment le for du demandeur. Certains auteurs estiment que les nombreuses compétences alternatives mises en place par le règlement constituent une « véritable incitation au *forum shopping* », relevant que les premières applications du règlement confirment la crainte d'une « ruée vers le tribunal » pour bénéficier de la première saisine (M.-L. NIBOYET/G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, 2^e éd. 2009 p. 386). A ce propos, il convient de relever que l'unification des règles de conflit de lois en matière de divorce au sein d'un groupe important d'Etats de l'UE ayant souscrit à la coopération renforcée en matière de droit applicable au divorce (Règlement (UE) N° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps)

pourrait réduire ce phénomène dans la mesure où la saisine, dans l'un de ces Etats, conduira à l'application du même droit matériel.

Il n'est pas rare que le Tribunal fédéral soit saisi d'un tel contentieux, soit à la suite d'une décision portant sur le défaut de compétence, comme en l'espèce, soit à la suite d'une décision portant sur une exception de litispendance (art. 9 LDIP), en présence de deux instances concurrentes.

2. La présente affaire permet au Tribunal fédéral de confirmer dans une large mesure la portée du for du demandeur et de rappeler les principales clés d'interprétation de l'article 59 lit. b LDIP.

3. En premier lieu, le Tribunal fédéral confirme que le demandeur double national peut se prévaloir de ce for en présence d'une autre nationalité, ce qui constitue l'un des nombreux cas d'application de l'article 23 al. 1 LDIP, aux termes duquel « lorsqu'une personne a une ou plusieurs nationalités étrangères en sus de la nationalité suisse, seule la nationalité suisse est retenue pour déterminer la compétence du for d'origine ». L'affirmation n'est pas nouvelle (TF, 5A_573/2007 du 6 décembre 2007 ; 5C.163/2005 du 25 août 2005 ; B. DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd., Bâle 2005, N 8 ad art. 59). L'absence de référence à l'article 23 al. 1 LDIP dans l'arrêt de 2007, de même que l'invocation d'une application analogique par certains auteurs (A. BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Bâle 2011 (ci-après : CR), N 4 ad art. 59) semblent trahir une hésitation qui n'a pas lieu d'être à notre avis : l'article 23 al. 1 LDIP ne vise pas uniquement les véritables fors d'origine, prévus en l'absence de domicile en Suisse, tel le for subsidiaire de l'article 60 LDIP pour le divorce, mais sert à traiter de toutes les situations de nationalités multiples au stade de la définition de la compétence (directe) des tribunaux suisses. En d'autres termes, le ressortissant suisse souhaitant se fonder sur sa nationalité suisse, en présence d'un domicile en Suisse (art. 59 lit. b LDIP) ou en l'absence de domicile en Suisse, aux conditions fixées par l'art. 60 LDIP (impossibilité ou grande difficulté à saisir un for au domicile de l'un des conjoints), n'a pas à démontrer qu'il entretient des liens plus étroits avec la nationalité suisse qu'avec son autre (ou ses autres) nationalité(s). Ainsi, pour prendre une hypothèse extrême, un Suisse de l'étranger ayant acquis la nationalité par filiation, ne parlant aucune langue nationale, n'ayant jamais vécu en Suisse, peut ouvrir action en divorce en Suisse dès l'établissement de son domicile en Suisse. Evidemment, la porte de la juridiction suisse étant aussi largement ouverte, la reconnaissance du divorce ne sera pas forcément assurée à l'étranger, un tel for pouvant être qualifié d'exorbitant (cf., pour le refus de reconnaissance en Suisse d'un jugement de divorce fondé sur la seule nationalité du demandeur, le défendeur étant domicilié en Suisse, l'art. 65 al. 2 LDIP).

4. En deuxième lieu, le for fondé sur le domicile du demandeur étant subordonné, alternativement, à la présence de la nationalité suisse ou d'une résidence d'un an en Suisse, le demandeur suisse n'est pas soumis à la condition d'une année de résidence ; le Tribunal fédéral avait déjà relevé ce point précédemment (p. ex. TF, 5A_432/2009, 23.12.2009, 5C.163/2005, 25.08.2005 ; 5C.251/1992 ; OG ZH, 25.01.1991, ZR 1991 N° 56 ; DUTOIT, *op.*

cit., N 8 ad art. 59). En revanche, le demandeur qui n'a pas la nationalité suisse doit résider en Suisse depuis un an, même si cette résidence, qui n'est pas nécessairement habituelle, peut subir des interruptions (en ce sens BUCHER, CR N 4 ad art. 59 ; *contra* : DUTOIT, N 7 ad art. 59).

5. En troisième lieu, le Tribunal fédéral rappelle que le moment déterminant pour fixer la compétence est celui de l'ouverture de l'action, ce qui avait également déjà été posé précédemment en matière de divorce (ATF 116 II 209, TF, 1.3.2010, 5A_663/2009 ; DUTOIT, *op. cit.*, N 5 ad art. 59 ; nuancé : BOHNET, CPC Commenté, N 13 ad art. 60 : selon cet auteur, une régularisation est possible tant que le juge ou le défendeur n'a pas soulevé cette difficulté). On relèvera que, pour le for du défendeur, une partie de la doctrine admet que celui-ci peut se réaliser en cours d'instance (BUCHER, *op. cit.*, N 9 ad art. 59 ; *contra* : DUTOIT art. 59 N 5).

6. Le Tribunal fédéral rappelle les principes posés précédemment en matière de définition du domicile au sens de l'article 20 LDIP. La jurisprudence est très fournie (pour plus de détails sur cette notion, voir p. ex. BUCHER, *op. cit.*, N 19 ss ad art. 20 LDIP ; F. BOHNET/S. OTHENIN-GIRARD, Le for du domicile et de la résidence habituelle, comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, La semaine judiciaire 2001 II 139-167 ; M. LEVANTE, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, St-Gall 1998 ; D. MASMEJEAN, La localisation des personnes physiques en droit international privé. Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Genève 1994). L'article 20 LDIP fixe le domicile international d'une personne « dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir ». Selon le Tribunal fédéral, « la notion du domicile prévue par cette disposition étant la même que celle prévue à l'art. 23 al. 1 CCS, son interprétation doit s'inspirer très étroitement de celle du droit civil » (ATF 120 III 7) ; on rappellera que les domiciles fictifs et légaux des articles 24 à 26 CC ne sont pas applicables en matière internationale (ATF 133 III 252 ; 119 II 64 ; pour plus de détails, BOHNET/OTHENIN-GIRARD, *op. cit.*, p. 146-147). Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral a souligné cette coïncidence des concepts de domicile interne et international en déclarant : « pour savoir quel est le domicile d'une personne, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays » (ATF 125 III 100 ; 120 III 7 ; 133 III 252 ; TF, 25 septembre 2003, arrêt 7B.207/2003 ; TF, 18 février 2003, arrêt 5C.56/2002, c. 4.2.1, non publié in ATF 129 III 404 ; TF, 8 janvier 2004, arrêt 7B.241/2003 ; 7.06.2007, 5C.289/2006). Le rôle de l'élément objectif tend à prendre le pas sur l'élément subjectif ; on peut évoquer une notion objectivée de domicile (BUCHER, *op. cit.*, N 22 ; DUTOIT, *op. cit.*, N 5 ad art. 20). Suivant plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral, insiste sur cet élément en soulignant que ce n'est pas la volonté interne de l'intéressé qui est décisive, mais bien les circonstances objectives, reconnaissables pour les tiers, qui permettent d'en déduire une telle intention (ATF 119 II 64 ; 119 II 167 ; 120 III 7 ; arrêt 5A_432/2009 du 23 décembre 2009 c. 5.2.1, in : FamPra.ch 2010 p. 435).

7. Le Tribunal fédéral a pu admettre la constitution d'un domicile en se fondant sur la perspective de l'établissement en Suisse ; ainsi, la présence physique en un endroit donné ne suppose pas toujours que le séjour ait déjà duré un certain temps ; la constitution d'un domicile peut se produire dès l'arrivée dans le nouveau pays si la condition subjective (i.e. l'intention de rester durablement en ce lieu) est remplie ; reprenant une formule utilisée précédemment, le Tribunal fédéral souligne que ce n'est pas la durée de la présence de l'intéressé au nouveau lieu de séjour qui est décisive, mais bien la perspective d'une telle durée (TF, arrêts 5C.99/1993 c. 3a, 21.09.1993 ; 5C.163/2005 du 25 août 2005 c. 4.1 ; 5A_398/2007 du 28 avril 2008 c. 3.2 ; 5A_432/2009 précité ; même constat pour le critère de la résidence habituelle : 5A_607/2008 du 2 mars 2009 c. 4.4 ; 5A_440/2011 du 25 novembre 2011 c. 2.2). En matière d'état civil, le Tribunal fédéral a pu se fonder sur un rattachement anticipé au domicile imminent. Ainsi, une fiancée devant rejoindre son futur mari après la célébration a pu se prévaloir du domicile des conjoints après le mariage, s'agissant du droit applicable à son nom après le mariage ; le Tribunal fédéral s'étant toutefois assuré du sérieux de l'intention et l'absence d'obstacle à cette volonté (« Führen die Brautleute überzeugende Hinweise zur Stützung ihrer Absicht, in der Schweiz Wohnsitz zu nehmen, an und lassen nicht gewichtige gegenteilige Anzeichen eine solche Wohnsitznahme als eher unwahrscheinlich erscheinen, so untersteht der Name der Braut nach Massgabe von Art. 37 Abs. 1 IPRG schweizerischem Recht »). La prise en compte de ce « domicile imminent », s'agissant du droit applicable au nom d'un enfant adoptif devant prendre domicile en Suisse immédiatement après l'adoption, a empêché les intéressés de se prévaloir du droit péruvien du domicile de l'intéressé au moment du prononcé d'adoption (TF 5A.34/2004, 22.04.2005 : « or, le domicile d'un enfant en bas âge adopté à l'étranger par des parents domiciliés en Suisse – et qui y resteront, à défaut d'indices contraires, dans un avenir prévisible – est appelé à se trouver en Suisse, endroit où se focaliseront un maximum d'éléments touchant aux conditions de vie du mineur » ; LEVANTE, *op. cit.*, p. 123).

8. En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que les éléments retenus par la Cour cantonale ne permettaient pas d'admettre la constitution d'un domicile en Suisse au moment de l'ouverture de l'action. Le Tribunal fédéral a statué sur la base des faits retenus par la Cour cantonale (art. 105 al. 1 LTF), le recourant n'ayant pas soutenu qu'ils avaient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (art. 95 LTF). Les éléments retenus par la Cour cantonale, s'ils démontraient l'intention de quitter le Royaume-Uni, ne manifestaient pas cette intention de façon suffisamment reconnaissable à l'égard des tiers selon le Tribunal fédéral, ce qui peut paraître sévère. La situation tranchée contraste avec les arrêts précités (ci-dessus ch. 7) régissant le domicile imminent en matière d'état civil, mais il est vrai que dans ces affaires, la détermination du domicile est appelée à définir le droit applicable au nom découlant d'un acte (mariage, adoption) dont les effets seront amenés à se déployer sous l'empire du nouveau domicile, en voie d'acquisition. En outre, on peut soutenir que les démarches en vue de la création du nouveau statut d'état civil démontrent que l'intention est manifestée à l'égard de tiers, notamment des autorités administratives ; enfin, on a observé que le Tribunal fédéral exigeait de vérifier la vraisemblance des intentions manifestées par les fiancés quant à leur domiciliation après le mariage.

9. Toutefois, en comparant la présente affaire avec les arrêts dans lesquels une problématique identique a été examinée, on a le sentiment le Tribunal fédéral fait une lecture sévère des faits à l'origine du déplacement de l'intéressé. Dans l'arrêt 5C.163/2005, la demanderesse n'avait guère entrepris de démarches perceptibles par des tiers, mis à part la saisine du juge, le départ précipité de la demanderesse palliant cette absence de manifestations extérieures. Dans cette affaire, la demanderesse, de nationalités suisse et britannique, et son époux de nationalité britannique, s'étaient mariés en 1993 à Londres, où le mari était encore domicilié et où ils avaient eu deux enfants. Le 19 octobre 2000, l'épouse avait quitté le domicile conjugal de Londres avec les enfants, pour s'installer chez ses parents, à Pully. Le lendemain, 20 octobre 2000, elle avait saisi le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne d'une demande de séparation de corps, transformée ultérieurement en demande de divorce. Tout en admettant que la demanderesse « s'était abstenue d'accomplir avant son départ les actes par lesquels une personne manifeste généralement sa volonté d'abandonner son domicile à l'étranger pour revenir durablement en Suisse – tels l'annonce de son départ aux autorités consulaires, la résiliation de son contrat de travail à l'étranger ou l'achat d'un billet simple course à destination de la Suisse », le Tribunal fédéral n'en a pas moins admis que la demanderesse s'était constitué un domicile en Suisse au moment de l'ouverture de l'action. Il fut jugé décisif que le départ de l'épouse s'inscrivait dans le contexte d'une crise conjugale, la demanderesse étant revenue, avec ses deux enfants, s'installer à l'endroit où elle avait vécu les quinze années qui avaient précédé son mariage et où vivaient ses père et mère. Relevant que la demanderesse n'avait conservé en Grande-Bretagne aucune attache (« comme un enfant, un frère ou une sœur »), le Tribunal fédéral avait estimé que la cour cantonale pouvait considérer, sans violer l'art. 20 al. 1 lit a LDIP, qu'en revenant le 19 octobre 2000, « à l'endroit où ses liens familiaux étaient le plus fortement localisés, la demanderesse avait manifesté son intention de faire à nouveau de Pully le centre de sa vie et qu'elle s'y était ainsi constitué immédiatement un domicile ».

Dans un autre arrêt (TF 5A_432/2009, 23.12.2009), les époux s'étaient mariés en Grèce en 1994. Après avoir vécu les premières années de leur mariage en Belgique, la famille s'est installée en Grèce en juin 1999. A la suite de graves tensions, l'épouse avait quitté le domicile conjugal le 14 septembre 2000 en emmenant les trois enfants en Suisse. Le même jour (!), elle avait ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement judiciaire de Courtelary-Moutier-La Neuveville. Selon le TF, se référant à la Cour cantonale, l'intimée avait fui avec les enfants le domicile conjugal grec pour la Suisse dans l'intention d'y rester à long terme. Elle s'était réfugiée chez ses parents et avait immédiatement entrepris des démarches pour ouvrir action en Suisse en arguant de son domicile dans ce pays. Elle n'avait aucune attache en Grèce en dehors de la famille de son époux avec qui les relations étaient également très tendues et maîtrisait imparfaitement le grec. Au vu de ces éléments, il apparaissait que, dès le jour de son arrivée en Suisse, l'intimée avait manifesté d'une manière objectivement reconnaissable pour les tiers son intention de s'établir dans ce pays. Peu importe ainsi qu'au moment où la demande de divorce avait été déposée devant le tribunal bernois, l'intimée venait tout juste d'arriver en Suisse.

Le contexte de crise conjugale a été déterminant dans ces deux affaires, la rupture du couple étant consommée, matérialisée et rendue perceptible pour les tiers, selon le TF, par le retour de l'un des conjoints dans son Etat national et par l'ouverture de l'action : il semble ainsi paradoxalement, qu'un départ précipité permette de retenir plus facilement la création

d'un domicile, au contraire de démarches suivies et méticuleuses pour le fonder (résiliation des contrats de travail et de bail, recherche d'emploi et d'appartement, retrait et dépôt des papiers, conclusion d'une couverture d'assurance etc.). Il est vrai que, dans l'arrêt commenté ici, la présence physique ponctuelle de l'intéressé dans l'Etat de son ancien domicile pour organiser son départ n'a pas joué en sa faveur. Cela étant, il paraît discutable de considérer que celui qui, sur une durée de plusieurs semaines, organise de façon cohérente, minutieuse et suivie son départ, reste encore attaché à son ancien domicile faute de manifestations reconnaissables à l'égard de tiers ; pour le TF, les séjours de l'intéressé chez sa mère, la conclusion d'un abonnement demi-tarif CFF et de téléphonie mobile, la conclusion d'une assurance-ménage constituaient des éléments insuffisants, ce qui nous paraît sévère. Il nous paraît discutable de refuser la création d'un domicile en présence d'un demandeur dont l'intention de s'établir en Suisse est sérieuse, qui organise son départ de façon relativement méticuleuse en concluant notamment divers contrats de la vie courante, ce qui démontre le sérieux de son intention et le manifeste de façon reconnaissable ; il nous semble discutable que celui qui manifeste ainsi à l'égard de tiers sa volonté de quitter son ancien domicile, soit traité plus sévèrement, en ce qui concerne la manifestation de son intention à l'égard de tiers, que l'individu qui au moment de l'ouverture de l'action n'a manifesté cette volonté de façon reconnaissable que par son déplacement physique et la rupture conjugale ; une telle décision nous paraît donner une forme de « prime au départ précipité », en nous plaçant dans l'optique de parties souhaitant avoir le premier rang sur la ligne d'arrivée de la course au for.