

Louise MORAND

**Litispendance et compétence pour ordonner des mesures provisoires en
droit international privé suisse de la famille**

Travail de séminaire

Université de Fribourg

Faculté de droit

Sous la direction du Prof. Simon OTHENIN-GIRARD

louise.morand@unifr.ch

Verbier, le 19 avril 2020.

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS	III
BIBLIOGRAPHIE.....	VI
INTRODUCTION.....	1
I. MESURES PROVISOIRES.....	2
A. DÉFINITION	2
B. CONTEXTE INTERNATIONAL.....	3
II. LITISPENDANCE INTERNATIONALE.....	6
A. DÉFINITION	6
B. LITISPENDANCE APPLIQUÉE AUX MESURES PROVISOIRES.....	8
III. COMPÉTENCE POUR ORDONNER	9
A. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN GÉNÉRAL	9
1. <i>LDIP</i>	9
2. <i>Convention de Lugano</i>	11
B. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE.....	12
IV. ILLUSTRATION	15
A. CAS.....	15
B. RÉOLUTION.....	16
CONCLUSION	19

Table des abréviations

ACJCE	Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (Cour de Justice de l'Union européenne dès 2009)
aCL	Ancienne Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm	Basler Kommentar
C-	Cour
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (= ZGB, RS 210)
ch.	chiffre
CJ / GE	Cour de Justice de la République et canton de Genève
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (LügÜ, RS 0.275.12)
CLaH 96	Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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 (RS 0.211.231.011)
consid.	considérant
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii (et autres)

EuGVÜ	Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (= Convention de Bruxelles)
EuGVVO	Règlement no 44/2001 du Conseil de l'UE du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (= Règlement de Bruxelles I)
GE	République et canton de Genève
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (=IPRG, RS 291)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
let.	lettre
n°	numéro(s)
p.	page(s)
par.	paragraphe
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RB I ^{bis}	Règlement no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement de Bruxelles I ^{bis})
RCDIP	Revue critique de droit international privé
Rec.	Recueil
rés.	résumé
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
SJ	Semaine judiciaire

s.	suiwant(e)
ss	suiwant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse
UE	Union européenne
trad.	traduction
vol.	volume
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts

Bibliographie

ACOCELLA Domenico, in : Schnyder Anton K. (édit.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht*, Zurich / St. Gall 2011, art. 31 CL.

BACHOFNER Eva, *Die Mieterausweisung – Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen*, thèse, Zurich / St. Gall 2019

BERTI Stephen V. / DROESE Lorenz, in : *BaKomm – Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Bâle 2013, art. 9 s. LDIP.

Bohnet François / Guillod Olivier (édit.), *Commentaire pratique – Droit matrimonial*, Bâle 2016.

BOHNET François / HIRSCH Julie, in : Bohnet François / Guillod Olivier (édit.), *Commentaire pratique – Droit matrimonial*, Bâle 2016, art. 172 CC.

BUCHER Andreas, in : Bucher Andreas (édit.), *Commentaire romand – Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Bâle 2011, Introduction CL, art. 9, 10, 62, 63 LDIP et art. 27, 31 CL.

BUCHER Andreas / BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013.

BUHR Axel / GABRIEL Simon / SCHRAMM Dorothee, in : Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Müller-Chen Markus (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Zurich/ Bâle / Genève 2016, art. 9 s. LDIP.

CHAIX François, in : Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédicte (édit.), *Commentaire romand – Code civil I*, Bâle 2010, art. 172 CC.

COURVOISIER Maurice, in : Honsell Heinrich et al. (édit.), *BaKomm – Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Bâle 2013, art. 46 LDIP.

Dasser Felix/Oberhammer Paul (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2^e éd., Berne 2011.

DOMAJ Tanja, in : Dasser Felix/Oberhammer Paul (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2^e éd., Berne 2011, Préambule protocole no 2 aCL.

DONZALLAZ Yves, *Les mesures provisoires et conservatoires dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano – état des lieux après les ACJCE Mund, Mietz et Van Uden*, PJA 2000, p. 956 ss.

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Bâle 2016.

FAVELLI Daniele / AUGSBURGER Thierry, in : Oetiker Christian / Weibel Thomas (édit.), *BaKomm – Lugano Übereinkommen*, 2e éd., Bâle 2016, art. 31 CL.

Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Müller-Chen Markus (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Internationales Privatrecht*, 3 éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

GRUNDMANN Stefan, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen*, thèse, Bâle 1996.

HESS Burkhard / VOLLKOMMER Gregor, *Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen nach Art. 24 EuGVÜ*, IPRax 1999, p. 220 ss.

Honsell Heinrich et al. (édit.), *BaKomm – Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Bâle 2013.

JAMETTI GREINER Monique, *Überblick zum Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, RJB 1992, p. 42 ss.

KOFMEL EHRENZELLER Sabine, *Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis*, thèse, Berne 2005.

KOFMEL EHRENZELLER Sabine, in : Dasser Felix/Oberhammer Paul (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2^e éd., Berne 2011, art. 31 CL (cité : KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar*).

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, *IPRG / LugÜ Kommentar – Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, 2^e éd., Zurich 2019.

MABILLARD Ramon, in : Oetiker Christian / Weibel Thomas (édit.), *BaKomm – Lugano Übereinkommen*, 2e éd., Bâle 2016, art. 27 CL.

MARKUS Alexander R., *Internationales Zivilprozessrecht*, Berne 2014.

MAYR Peter G. / CZERNICH Dietmar, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Vienne 2006.

MEIER NIKLAUS, *Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Beteiligung am Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH*, SRIEL 2012, p. 633 ss.

MERKT Olivier, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse, Zurich 1993.

MÜLLER-CHEN Markus, in : Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (édit.), *Zürcher Kommentar – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, vol. 1, 3e éd., Genève / Zurich / Bâle 2018, art. 9 LDIP.

Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (édit.), *Zürcher Kommentar – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, vol. 1, 3e éd., Genève / Zurich / Bâle 2018

NAGEL Heinrich / GOTTWALD Peter, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7e éd., Cologne 2013.

Oetiker Christian / Weibel Thomas (édit.), *BaKomm – Lugano Übereinkommen*, 2e éd., Bâle 2016.

OETIKER Christian / WEIBEL Thomas, in : Oetiker Christian / Weibel Thomas (édit.), *BaKomm – Lugano Übereinkommen*, 2e éd., Bâle 2016, Intro CL.

OTHENIN-GIRARD Simon, in : Bohnet François / Guillod Olivier (édit.), *Commentaire pratique – Droit matrimonial*, Bâle 2016, Annexe Ic et Ie.

PHURTAG Sejee, *Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht -- unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des schweizerischen und des englischen Rechts*, thèse, Berne 2019.

Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédict (édit.), *Commentaire romand – Code civil I*, Bâle 2010.

Schnyder Anton K. (édit.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht*, Zurich / St. Gall 2011.

SCHÜTZE Rolf A., *Deutsches internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des europäischen Zivilprozessrechts*, 2e éd., Berlin 2005.

SCHWANDER Ivo, *Art. 114 ZGB und Scheidungsklagen im Ausland bzw. Massnahmen in der Schweiz*, PJA 2001, p. 608 ss.

SPELLENBERG Ulrich / LEIBLE Stefan, *Anmerkung zu den Van Uden- und Mietz-Entscheidungen*, ZZPInt 1999, p. 221 ss.

TUNIK Daniel, *L'exécution en Suisse de mesures provisionnelles étrangères – un état des lieux de la pratique*, SJ 2005, p. 275 ss.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, RCDIP 1996, p. 397 ss.

WALTER Gerhard / DOMEJ Tanja, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 5^e éd., Berne 2012.

Introduction

Le présent travail explique la litispendance et la compétence pour ordonner des mesures en droit international privé suisse de la famille. Pour y parvenir, nous procéderons à une analyse abstraite et générale du sujet. Il sera question de droit privé international sous l'angle de la législation suisse, c'est-à-dire les cas où un juge suisse est sollicité. Un accent sera mis en particulier sur les mesures provisoires dans le cadre du divorce.

Pour commencer seront présentées les mesures provisoires en général (*infra* I/A). Afin de rendre plus aisée la compréhension de ce travail, il semble en effet nécessaire de commencer par les bases. Suite à cette définition, les mesures provisoires seront abordées sous l'angle du droit international privé suisse. Il s'agira de présenter les différentes bases légales où l'on retrouve cette notion sans encore se plonger dans le cœur de ce travail.

C'est justement à la partie suivante que la litispendance sera expliquée et ses conditions données : tout d'abord dans le cadre du droit international privé (*infra* II/A), puis celui plus particulier des mesures provisoires (*infra* II/B).

Dans la troisième partie, il sera alors temps de se plonger dans la question du for. Le régime des mesures provisoires en droit international privé de la famille a deux sources principales : les mesures ordonnées en vertu de l'art. 10 LDIP (*infra* III/A/1) et celles découlant de la Convention de Lugano de 2007 (*infra* III/A/2). Les deux systèmes ayant chacun son importance, ils seront présentés l'un et l'autre. Ce qui nous amène finalement à la compétence pour ordonner des mesures provisoires en droit international privé de la famille (*infra* III/B).

Pour conclure ce travail et afin d'illustrer au mieux la problématique, un cas est présenté (*infra* IV/A), puis résolu à la lumière de la théorie abordée précédemment (*infra* IV/B).

I. Mesures provisoires

Voici donc une présentation des mesures provisoires qui commence par la notion même de mesure provisoire (*infra* I/A). Elle se poursuivra en abordant par une introduction de la mesure provisoire dans une conjoncture internationale (*infra* I/B).

A. Définition

La mesure provisoire est généralement définie par opposition : on dit d'elle qu'elle est le contraire d'un acte dans un ordre matériel. La mesure est nécessairement prise dans l'attente d'un jugement au fond et cesse de produire effet au plus tard lors de l'exécution de cette décision¹. Sa fonction est d'assister temporairement jusqu'à droit connu sur le fond. La mesure provisoire permet un accès facilité à la justice quant à la compétence du juge (*infra* III), qui n'est pas réservée au juge tranchant le fond de la demande².

Autrement dit, la mesure provisoire est une décision ayant force obligatoire destinée à préserver temporairement une situation juridique fondée sur le droit civil, tant interne qu'étranger³. Il est possible de prendre des mesures modifiant une situation de fait ou de droit tant que le juge annonce explicitement le caractère provisoire des mesures prises⁴.

Les mesures peuvent être divisées en plusieurs catégories⁵. Il y a les mesures conservatoires ayant pour but de conserver dans un certain état l'objet du litige ou d'autres biens afin de permettre l'exécution ultérieure d'un droit allégué comme l'interdiction d'aliénation (art. 598 al. 2 CC)⁶ ; les mesures de réglementation déterminant une situation juridique en l'attente de la décision

¹ BUCHER / BONOMI, n° 181.

² BUCHER, art. 10 LDIP, n° 1.

³ BERTI / DROESE, art. 10 LDIP, n° 8.

⁴ ATF 125 III 451 consid. 3b, JdT 2000 I 163 (trad.) ; BONOMI / BUCHER, n° 185.

⁵ BUCHER / BONOMI, n° 182.

⁶ ATF 136 III 200 consid. 2.3.2 = SJ 2010 I 353.

au fond telle qu'une mesure de protection du mariage (art. 172 ss CC)⁷; les mesures de condamnation ou d'exécution anticipée autorisant l'exécution provisoire, partielle ou complète, de la demande de fond avant l'entrée en force de la décision définitive à l'exemple de la restitution de la possession (art. 926 ss CC)⁸; et les mesures probatoires visant à obtenir et préserver des éléments de fait favorisant l'établissement de la vérité⁹ telle qu'une expertise psychiatrique familiale¹⁰.

Dans la réalité néanmoins, le droit provisoire met souvent un terme anticipé au litige. Les parties s'en contentent ou celui-ci sert de base pour une transaction. Les parties y adhèrent en raison notamment de l'accès simplifié, rapide et moins onéreux à la justice qu'en procédure ordinaire¹¹. Les parties se limitent la plupart du temps à alléguer la vraisemblance de certains faits dans le cadre d'une procédure sommaire¹².

B. Contexte international

Dans le cadre du droit international privé de la famille, les mesures sont réglées dans diverses conventions, à savoir la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après la Convention) et la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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 (ci-après la Convention de La Haye) (art. 85 al. 1 LDIP). La première a trait aux obligations alimentaires et la seconde aux mesures protectrices des enfants. Pour les

⁷ ATF 127 III 496 consid. 3b.bb = JdT 2003 I 652.

⁸ ATF 136 III 200 consid. 2.3.2 = SJ 2010 I 353.

⁹ BUCHER, art. 10 LDIP, n° 2.

¹⁰ Arrêt du TF 5A_621/2014 du 11 novembre 2014 consid. 5.2.

¹¹ Pour plus de précisions quant à la popularité des mesures provisoires, ainsi que les risques y afférant, consulter DONZALLAZ, p. 958.

¹² BUCHER, art. 10 LDIP, n° 1.

parties n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye de 1996, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs¹³ trouve application¹⁴. On retrouve également des normes dans la LDIP aux art. 10, 46 et 62 LDIP.

La Convention de Lugano est une convention internationale pour les non-membres de l'UE¹⁵. Elle est interprétée de manière autonome par les États parties¹⁶ sans laisser de place ni à la *lex fori*, ni à la *lex causae*¹⁷. Cette Convention fait suite à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ces deux conventions se calquent¹⁸ sur des règles de l'Union européenne, à savoir la Convention de Bruxelles à laquelle a succédé en 2001 le Règlement de Bruxelles I. Beaucoup de dispositions n'ont pas changé après la mise à jour des textes, aussi la jurisprudence préalable demeure pertinente¹⁹. En 2012, l'UE a adopté le Règlement de Bruxelles I^{bis}. Il s'agit d'une mise à jour du Règlement Bruxelles I²⁰ et ce texte est entré en vigueur le 10 janvier 2015 (art. 81 par. 2 RB I^{bis}). Afin d'interpréter la Convention, le juge suisse tient compte de la jurisprudence des autres États parties, ainsi que de la CJUE (art. 1 du Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent).

¹³ RS 0.211.231.01.

¹⁴ Cela ne concerne plus que la région administrative spéciale de Macao aujourd'hui. Celle-ci fut sous la souveraineté du Portugal qui avait ratifié la Convention de la Haye de 1961 en 1969. Lorsque le Portugal rétrocéda Macao en 1999 à la République populaire de Chine, celle-ci déclara que la Convention aurait toujours cours dans la région. On consultera à ce titre « <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=922&disp=type> » (16.04.2020) où l'on peut lire la déclaration de la République de Chine.

¹⁵ MEIER, p. 636.

¹⁶ OETIKER / WEIBEL, Intro CL, n° 50.

¹⁷ DOMEJ, Préambule protocole n° 2 aCL, n° 4 ; MAYR / CZERNICH, n° 56 et 59 ; OETIKER / WEIBEL, Intro CL, n° 50 ; WALTER / DOMEJ, p. 177 ; SCHÜTZE, n° 134.

¹⁸ BUCHER, Introduction CL, n° 2 et 10.

¹⁹ BUCHER, Introduction CL, n° 25.

²⁰ JO 351, p. 1, n° 1.

La Convention ne définit pas les mesures provisoires²¹, mais les règle à l'art. 31 CL. Selon la CJUE, il s'agit d'une notion autonome. La Cour les délimite comme suit : « les mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond »²². L'art. 31 CL couvre toutes les mesures correspondant à cette définition, peu importe si le droit local les qualifie ou nomme autrement²³, à l'exemple du séquestre (art. 217 ss LP)²⁴. Le Règlement Bruxelles I^{bis} a depuis précisé qu'un État incompetent pour connaître le fond de l'affaire prononcer des mesures provisoires (art. 35 RB I^{bis}), mais que leur effet devra se limiter au territoire de l'État en question²⁵.

À noter que selon Vareilles-Sommières, la définition de la CJUE est trop étroite quand la sauvegarde de droit nécessite une modification de la situation juridique. Aussi, la « mise en place d'une situation temporaire dans le but de protéger provisoirement les prétentions au fond » est alors plus appropriée comme exposé de la notion²⁶.

La mesure cesse normalement de produire ses effets une fois que le jugement étranger peut être reconnu en Suisse²⁷, sauf si la mesure a pour objectif de protéger des droits qui n'ont pas encore été réglés par le juge étranger de l'action en divorce²⁸. Il en va de même avec les mesures concernant l'enfant non tranchées et pour lesquelles les autorités suisses sont compétentes²⁹, ainsi que les

²¹ BUCHER / BONOMI, n° 185.

²² CJUE, Arrêt du 17 novembre 1998, Van Uden Maritime / Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a. (C-391/95, Rec. 1998 I-7091), n° 37 ; Arrêt du 26 mars 1992, Reichert et Kockler / Dresdner Bank (C-261/90, Rec. 1992 p. I-2149), n° 34.

²³ JAMETTI GREINER, p. 64.

²⁴ ATF 126 III 156, consid. 2c = JdT 2000 II 7 ; BUCHER, art. 31 CL, n° 7.

²⁵ JO 351, p. 5, n° 33.

²⁶ VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 409 s.

²⁷ BUCHER, art. 62 LDIP, n° 7.

²⁸ ATF 134 III 326 consid. 3.5.2, JdT 2009 I 215 (trad.) ; arrêt du TF 5A_249/2013 du 27 août 2013 consid. 3.3.

²⁹ Arrêt du TF 5A_40/2014 du 17 avril 2014 consid. 4.2.

mesures de protection de l'union conjugale tant qu'elles n'ont pas été modifiées³⁰.

II. Litispendance internationale

Maintenant que la notion des mesures provisoires est expliquée (*supra* I), la litispendance peut être abordée tout d'abord en la définissant dans un contexte international général (*infra* II/A), puis sous l'angle plus particulier des mesures provisoires (*infra* II/B).

A. Définition

Lorsque deux litiges identiques sont pendants devant deux tribunaux différents, alors que chaque autorité est en soi compétente, il y a litispendance³¹. Il s'agit d'une règle de coordination³². Celle-ci est internationale si des tribunaux de pays distincts sont impliqués³³. Afin d'éviter deux procédures différentes avec des résultats potentiellement contradictoires, la compétence est alors attribuée à l'un des tribunaux. Cela permet de prévenir que la décision ne soit pas reconnue dans un pays étranger³⁴.

Dans le contexte du droit international privé suisse, c'est l'art. 9 LDIP qui est la règle. Il cède cependant le pas à l'art. 27 CL si les tribunaux saisis sont dans des États parties et que cela entre dans le champ matériel de la Convention de Lugano³⁵.

Il y a litispendance si plusieurs conditions sont remplies. Premièrement, une identité des parties est nécessaire. Cela est le cas si les parties sont les mêmes

³⁰ Arrêt du TF 5A_44/2007 du 26 avril 2007 consid. 2.4.

³¹ BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 9 LDIP, n° 1.

³² MÜLLER-CHEN, art. 9 LDIP, n° 1.

³³ BUCHER, art. 9 LDIP, n° 1.

³⁴ BUCHER / BONOMI, n° 159.

³⁵ *Ibidem*, n° 160 ; BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 9 LDIP, n° 2 ; MÜLLER-CHEN, art. 9 LDIP, n° 8.

personnes, qu'elles soient physiques ou morales, cependant leur position dans le litige peut varier. L'un peut être demandeur dans une procédure et défendeur dans une autre³⁶. Néanmoins, si une partie tierce devait être impliquée, il n'y a alors pas litispendance³⁷.

Deuxièmement, l'une des parties doit avoir ouvert action à l'étranger, à savoir saisi une autorité ayant pouvoir de décision en obligatoire en matière civile³⁸.

Troisièmement, l'art. 27 CL demande l'identité de cause, c'est-à-dire que le litige doit avoir pour source les mêmes état de fait et relation juridique³⁹. Contrairement à la règle de la Convention de Lugano, l'art. 9 LDIP se limite à exiger l'identité d'objet, sous-catégorie de l'identité de cause. Cette notion peut être définie de deux manières possibles. D'un point de vue traditionnel, l'objet de la demande est déterminé par les conclusions des parties. Il doit y avoir identité formelle entre les demandes. D'un point de vue fonctionnel, l'identité matérielle est réalisée dès lors que le fondement juridique est identique⁴⁰. Avant tout consacrée par la CJUE⁴¹, le TF privilégie la méthode matérielle dans sa jurisprudence récente⁴². Le juge applique ainsi la *Kernpunkttheorie* correspondant mieux au but de la litispendance⁴³.

Quatrièmement, l'une des parties doit avoir déposé une demande antérieure à l'étranger⁴⁴, le moment de la saisine se déterminant d'après le droit local⁴⁵.

³⁶ ATF 135 III 566 consid. 4.4.

³⁷ BUCHER, art. 9 LDIP, n° 7.

³⁸ BERTI / DROESE, art. 9 LDIP, n° 11.

³⁹ BUCHER, art. 27 CL, n° 8 ; MABILLARD, art. 27 CL, n° 29.

⁴⁰ BUCHER, art. 9 LDIP, n° 9.

⁴¹ CJUE, Arrêt du 14 octobre 2004, Mærsk Olie & Gas A/S contre Firma M. de Haan en W. de Boer, (C-39/02, Rec. 2004 p. I-9657), n° 38 ; Arrêt du 6 décembre 1994, Tetry, (C-406/92, Rec. 1994 p. I-5439) no 39 ; Arrêt du 8 décembre 1987 Gubisch Maschinenfabrik AG / Palumbo (C-144/86, Rec. 1987 p. 4861), n° 15.

⁴² ATF 138 III 570 consid. 4.2.2 ; 128 III 284 consid. 3b ; arrêt du TF 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 5.1.1.2.

⁴³ BACHOFNER, p. 189 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 9 LDIP, n° 5 ; MÜLLER-CHEN, art. 9 LDIP, n° 40.

⁴⁴ BERTI / DROESE, art. 9 LDIP, n° 17 ; DUTOIT, art. 9 LDIP, n° 6.

⁴⁵ Arrêt du TF 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 5.1.1.3 ; DUTOIT, art. 9 LDIP, n° 3 ; OTHENIN-GIRARD, Annexe Ie, n° 11.

Cinquièmement, il existe un pronostic positif quant à la reconnaissance du jugement étranger qui sera rendu dans un délai convenable⁴⁶.

Sixièmement, le tribunal suisse doit être compétent. En effet, la litispendance n'a de sens que si le tribunal helvétique avait été compétent s'il avait été saisi seul ou en premier lieu. Cet examen de la compétence doit intervenir en premier, la question de la litispendance ne se posant pas en cas d'incompétence du tribunal saisi⁴⁷. Pourtant, selon la jurisprudence du TF, le juge doit suspendre la procédure au profit de la juridiction étrangère sans se prononcer sur la compétence du tribunal⁴⁸. Dans un arrêt non publié de 2012, le TF est revenu sur cette pratique et a préconisé l'examen de la compétence comme étape préalable à l'examen de litispendance⁴⁹.

B. Litispendance appliquée aux mesures provisoires

Dans le cadre de la CL, le juge saisi en second demeure compétent tant qu'il ne s'est pas dessaisi selon l'art. 27 s. CL⁵⁰. Si un juge suisse est saisi pour action au fond, mais suspend la procédure au profit d'un juge étranger à cause de la litispendance (*supra* II/A), il demeure compétent pour ordonner des mesures provisoires⁵¹. Cependant, le tribunal n'usera en général de cette compétence que si le juge étranger n'en prend pas ou que les mesures ordonnées ne pourraient être exécutées en Suisse⁵².

⁴⁶ Arrêt de TF 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 5.1.1.1 ; 5C.289/2006 du 7 juin 2007 consid. 3.1 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 9 LDIP, n° 6.

⁴⁷ BUCHER, art. 9 LDIP, n° 20.

⁴⁸ ATF 127 III 118 consid. 3d ; 118 II 188 consid. 3b.

⁴⁹ Arrêt du TF 5A_235/2012 du 31 août 2012 consid. 3.

⁵⁰ BUCHER / BONOMI, n° 186.

⁵¹ Arrêt du TF 5C.215/2001 du 22 novembre 2001 consid. 2b ; BUCHER, art. 62 LDIP, n° 4 ; BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 9 LDIP, n° 21 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 9 LDIP, n° 3 ; MÜLLER-CHEN, art. 9 LDIP, n° 54.

⁵² BUCHER, art. 62 LDIP, n° 4 ; BUCHER / BONOMI, n° 694.

Le besoin de protection d'un époux peut plaider pour la compétence du juge suisse, l'autorité tranchera en fonction du besoin de protection de l'époux requérant⁵³. L'art. 62 LDIP restant après tout subordonné à l'art. 9 LDIP⁵⁴. Cette question est controversée : le TF a tranché par le passé que cela ne relevait pas de l'arbitraire d'admettre la compétence⁵⁵ ou de la refuser⁵⁶.

Le juge helvète a même l'obligation d'en prononcer dans le cadre de l'art. 62 LDIP si certaines conditions sont réunies. La question sera traitée de manière exhaustive dans la partie suivante (*infra* III/B).

III. Compétence pour ordonner

Une fois la question de la litispendance réglée, ou parfois lorsqu'elle se pose, il est temps d'aborder le for. Celui-ci se divise en plusieurs volets que sont le droit international privé en général (*infra* III/A), lui-même se subdivisant en deux afin de présenter les règles prévues par la LDIP (*infra* III/A/1) et la Convention de Lugano (*infra* III/A/2), et ensuite le droit international privé de la famille (*infra* III/B).

A. Droit international privé en général

1. LDIP

La compétence pour statuer sur les mesures provisoires est réglée à l'art. 10 LDIP. Cette règle générale est appliquée s'il n'y a pas de Convention, de règle spéciale dans la LDIP (*infra* I/B) et qu'il existe un besoin de protection⁵⁷. La teneur de cet article a changé en le 1^{er} janvier 2011, cependant elle n'impose pas de pratique différente à la jurisprudence qui prévalait auparavant.⁵⁸

⁵³ BUCHER, art. 62 LDIP, n° 4.

⁵⁴ SCHWANDER, p. 611.

⁵⁵ Arrêt du TF 5A_296/2015 du 29 octobre 2015 consid. 5.2.

⁵⁶ Arrêt du TF 5A_942/2018 du 17 juin 2019 consid. 5.3.

⁵⁷ BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 10 LDIP, n° 5.

⁵⁸ Arrêt du TF 5A_942/2018 du 17 juin 2019 consid. 6.3 ; 5A_910/2017 du 6 mars 2018, consid. 4.2 ; 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.4.

Pour ordonner une mesure provisoire en droit international, le juge compétent au fond est en principe compétent (art. 10 let. a LDIP), et ce, même si l'instance n'a pas encore été saisie en ce sens⁵⁹. Selon l'art. 10 let. b LDIP, l'autorité suisse du lieu d'exécution de la mesure peut également trancher l'affaire bien qu'elle ne soit pas compétente au fond⁶⁰.

Cette seconde possibilité n'est ouverte que si la mesure est nécessaire et urgente et le fardeau de la preuve incombe au requérant⁶¹. Il s'agit de concrétiser l'obligation de l'ordre juridique suisse d'offrir une protection sans lacune⁶². Dans le droit interne applicable aux mesures provisoires (art. 13 let. b CPC), la notion d'urgence a disparu si c'est au lieu d'exécution⁶³. La logique voudrait qu'il en aille de même pour la matière internationale⁶⁴, mais le TF semble maintenir cette condition dans sa jurisprudence récente⁶⁵. Ainsi, lors du choix du for, il faut tenir compte des besoins d'efficacité propres aux mesures demandées au juge, celui-ci disposant d'un large pouvoir d'appréciation et se décidant avant tout dans le cadre des circonstances concrètes du cas⁶⁶. Il est par exemple impossible d'ordonner une telle mesure pour des biens à l'étranger ou imposer un comportement défini à l'étranger⁶⁷. Il est également possible qu'une autorité compétente pour trancher le fond s'estime inappropriée pour prononcer une mesure et se dessaisisse au profit d'un tribunal étranger.

⁵⁹ BUCHER, art. 10 LDIP, n° 13.

⁶⁰ *Ibidem*, n° 14 ; GRUNDMANN, p. 78 ; KOFMEL EHRENZELLER, p. 68 s.

⁶¹ ATF 134 III 326 consid. 3.4, JdT 2009 I 215 (trad.) ; arrêt du TF 5A_942/2018 du 17.6.2019 consid. 6 ; 5A_910/2017 du 6 mars 2018 consid. 4.2 ; 5A_762/2011 du 4 septembre 2012 consid. 5.3.5 ; 5A_677/2007 du 21 avril 2008 consid. 3 ; BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 10 LDIP, n° 10.

⁶² ATF 134 III 326 consid. 3.2, JdT 2009 I 215 (trad.) ; 104 II 246 consid. 3, JdT 1980 I 114 (trad.) ; arrêt du TF 5A_910/2017 du 6 mars 2018 consid. 4.2 ; 5A_461/2010 du 30 août 2010 consid. 3.

⁶³ ATF 138 III 555 consid. 2.2.

⁶⁴ MÜLLER-CHEN, art. 10 LDIP, n° 25.

⁶⁵ Arrêt du TF 5A_528/2018 du 17 juin 2019 consid. 6.3 s.

⁶⁶ MERKT, n° 293.

⁶⁷ Arrêt du TF 4A_48/2013 du 3 juin 2015 consid. 2.5.

Ce dernier pourra prononcer et assurer son exécution tant que la décision finale n'a pas été rendue⁶⁸.

2. Convention de Lugano

La Convention de Lugano prévoit une règle de for pour les mesures provisoires à l'art. 31 CL (*supra* I/B). Celle-ci ne contient pas de règle de compétence propre⁶⁹ et renvoie au droit interne afin de déterminer les critères spécifiques⁷⁰. Cependant, la CJUE a fixé des prérequis obligatoires, à savoir que le litige relève de la compétence matérielle de la convention⁷¹ et qu'il existe un lien de rattachement réel entre la mesure demandée et la compétence territoriale de l'État du juge sollicité⁷² qui n'est pas compétent pour le fond de l'affaire⁷³. Ce lien se rapporte à la localisation de l'objet de la mesure demandée, en particulier à son lieu d'exécution. Autrement dit, les biens concernés doivent généralement se situer sur le territoire de la juridiction saisie⁷⁴. L'autorité se doit d'être attentive à ce que les conditions soient réellement remplies et que la partie requérante n'ait pas recours à l'art. 31 CL afin de contourner les règles de compétence au fond⁷⁵. Si les prérequis de l'art. 10 LDIP ne sont pas remplis, ceux de l'art. 31 CL le sont encore moins⁷⁶.

⁶⁸ CJ / GE du 8 février 1990 consid. 5s., in : SJ 1990 196.

⁶⁹ Arrêt du TF 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3.3.3 ; FAVELLI / AUGSBURGER, art. 31 CL, n° 24 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 31 CL, n° 3.

⁷⁰ Arrêt du TF 5A_942/2018 du 17 juin 2019 consid. 4 ; 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3.3.3 ; 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.3.

⁷¹ CJUE, Arrêt du 17 novembre 1998, Van Uden Maritime / Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a. (C-391/95, Rec. 1998 I-7091), n° 20 et 28.

⁷² *Ibidem*, n° 40 ; ATF 129 III 626 consid. 5.3.2, SJ 2004 I 29 (trad.) ; arrêt du TF 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3.3.3.

⁷³ ATF 129 III 626 consid. 5.3.2, SJ 2004 I 29 (trad.) ; HESS / VOLLKOMMER, p. 221 s. ; SPELLENBERG / LEIBLE, p. 229.

⁷⁴ CJUE, Arrêt du 21 mai 1980, Bernard Denilauler contre SNC Couchet Frères, (C-125/79), n°16.

⁷⁵ CJUE, Arrêt du 27 avril 1999, Hans-Hermann Mietz contre Intership Yachting Sneek BV, (C-99/96, Rec. 1999 p. I-2277), n° 46 ss.

⁷⁶ Arrêt du TF 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.3.

Premièrement, bien que non prévu explicitement dans la Convention, le juge au fond selon la CL est évidemment compétent⁷⁷. C'est le cas qu'il est d'ores et déjà été sollicité ou non⁷⁸. Secondement, il est possible de requérir d'un tribunal d'un État partie des mesures provisoires si son droit le prévoit, alors même que les autorités d'un autre État partie sont compétentes pour connaître le fond⁷⁹. Il y a là un renvoi général de la Convention à la loi du for pour faire des fors non conventionnels ou exorbitants (art. 3 par. 2 CL), le plus important dans la pratique étant le for au lieu de situation des biens du débiteur⁸⁰

Le but du législateur suisse rejoint ainsi très certainement l'esprit de la convention, c'est-à-dire un espace judiciaire européen où les parties peuvent accéder à un juge à proximité du lieu d'exécution des mesures afin de garantir une protection juridique effective⁸¹. Ce for différent du fond assure la rapidité de l'octroi des mesures et de leur application⁸².

B. Droit international privé de la famille

Les obligations alimentaires font partie du champ d'application matérielle de la Convention de Lugano (art. 5 par. 2 CL). Aussi, l'action au fond est possible au for du domicile du défendeur s'il se trouve dans un État lié (art. 2 par. 2 CL), mais également au lieu où le créancier a son domicile ou sa résidence habituelle (art. 5 par. 2 let. a CL). L'action alimentaire accessoire à une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale peut être ouverte devant le tribunal compétent selon la loi du for, sauf si la compétence est uniquement fondée sur la nationalité (art. 5 par. 2 let. b et c CL). Par exemple, une

⁷⁷ BUCHER, art. 31 CL, n° 2 ; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar*, art. 31 CL, n° 2 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 31 CL, n° 3.

⁷⁸ CJUE, Arrêt du 27 avril 1999, Hans-Hermann Mietz contre Intership Yachting Sneek BV, (C-99/96, Rec. 1999 p. I-2277), n° 40 ; Arrêt du 17 novembre 1998, Van Uden Maritime / Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a. (C-391/95, Rec. 1998 I-7091), n° 19 s. ; ACOCELLA, art. 31 CL, n° 40 ; FAVALLI / AUGSBURGER, art. 31 CL, n° 118 ; GRUNDMANN, p. 112 ; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar*, art. 31 CL, n° 19 ; TUNIK, p. 304 ; NAGEL / GOTTWALD, § 15, n° 12.

⁷⁹ BUCHER / BONOMI, n° 184.

⁸⁰ *Ibidem*, n° 186.

⁸¹ BUCHER, art. 10 LDIP, n° 15 ; BUCHER / BONOMI, n° 184 ; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar*, art. 31 CL, n° 1.

⁸² BUCHER, art. 31 CL, n° 34 ; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar*, art. 31 CL, n° 29.

action alimentaire accessoire à une action en divorce pourra être ouverte au domicile du défendeur s'il est domicilié en Suisse (art. 59 al. 1 let. a LDIP). Cependant, si l'action principale est intentée par le biais de l'art. 60 LDIP, c'est-à-dire que le critère de rattachement est la nationalité de l'une des parties, le tribunal suisse sera incompétent pour trancher l'action accessoire. Pour rappel, les mesures provisoires peuvent être demandées au for de l'action principale, et ce, même si le tribunal n'a pas encore été saisi (*supra* III/A/1).

Dans le cadre du droit international privé de la famille, la LDIP édicte plusieurs règles spéciales, à savoir les art. 62 al. 1 et 85 al. 1 LDIP. Si elles trouvent application, l'art. 10 LDIP fait office de compétence subsidiaire⁸³.

Selon l'art. 62 al. 1 LDIP, le tribunal saisi d'une action en divorce est également compétent pour ordonner des mesures provisoires, en particulier des décisions pour la durée du procès qui ont trait au domicile conjugal ou à l'entretien de la famille⁸⁴. Cet article est également applicable par analogie en cas d'action en complément ou modification de divorce⁸⁵. Peuvent donc être saisis le tribunal suisse du domicile du défendeur ou le tribunal suisse du domicile du requérant s'il habite depuis plus d'une année sur territoire helvétique ou est de nationalité suisse (art. 59 LDIP). De plus, si les parties ne sont pas domiciliées en Suisse alors que l'une des parties est suisse, le juge suisse est compétent subsidiairement, c'est-à-dire que le juge étranger du domicile de l'un des conjoints ne peut être sollicité ou cela n'est pas raisonnablement exigible des parties (art. 60 LDIP).

Si l'action en divorce a été ouverte à l'étranger, on applique l'art. 10 let. b LDIP et non l'art. 62 al. 1 LDIP⁸⁶. En matière matrimoniale, alors qu'un juge étranger

⁸³ BUCHER, art. 10 LDIP, no 4 ; BUHR / GABRIEL / SCHRAMM, art. 10 LDIP, n° 7 ; KREN KOSTKIEWICZ, art. 10 LDIP, n° 1 ; MARKUS, n° 1256 s. ; OTHENIN-GIRARD, Annexe Ie, n° 35 ; TUNIK, p. 281.

⁸⁴ BUCHER, art. 62 LDIP, n° 2.

⁸⁵ ATF 116 II 97 consid. 4b ; Arrêt du TF 5A_475/2015 du 17 décembre 2015 consid. 1.4.

⁸⁶ Arrêt du TF 5A_942/2018 du 17 juin 2019 consid. 5.1 ; 5A_910/2017 du 6 mars 2018 consid. 4.1.

est saisi quant au fond, le juge suisse peut statuer sur des mesures provisoires si l'une de ces cinq hypothèses est constatée : le droit que le tribunal étranger doit appliquer ne prévoit pas de réglementation provisoire analogue au droit suisse (art. 276 CPC) ; les mesures ordonnées par le tribunal ne sont pas susceptibles d'être exécutées au domicile d'une ou plusieurs parties ; des mesures provisoires doivent être ordonnées afin de garantir l'exécution future sur des biens localisés sur le territoire helvétique ; il y a péril en la demeure ; le tribunal étranger ne devrait pas statuer dans un délai raisonnable⁸⁷.

Il n'est pas possible de demander des mesures provisoires selon 62 al. 1 LDIP avant que l'action en divorce ne soit introduite⁸⁸. Seules des mesures protectrices de l'union conjugale au sens des art. 10 et 46 LDIP pourront être prises⁸⁹, et ce, même si le tribunal suisse n'est pas compétent pour les effets généraux du mariage⁹⁰. Comme leur nom l'indique, les mesures protectrices ont pour but la protection de l'union conjugale⁹¹, même si elles servent surtout dans la pratique à organiser la vie séparée des conjoints⁹². Celles ne peuvent être ordonnées que si certaines conditions de fond sont données⁹³.

Il est par ailleurs impossible d'ordonner des mesures si le juge pour l'action en divorce est manifestement incompétent ou que son incompétence a été constatée dans une décision avec force de chose jugée sauf si les faits devaient avoir changé ultérieurement⁹⁴. En cas de doute, une mesure demeure permise⁹⁵.

⁸⁷ ATF 134 III 326 consid. 3.5.1, JdT 2009 I 215 (trad.) ; arrêt du TF 5A_942/2018 du 17 juin 2019 consid. 6.3 ; 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3.3.3 ; 5A_910/2017 du 6 mars 2018 consid. 4.2 ; 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.4 ; 5A_528/2010 du 17 mars 2011 consid. 4.1.

⁸⁸ PHURTAG, n° 297.

⁸⁹ DUTOIT, art. 46 LDIP, n° 10 ; COURVOISIER, art. 46 LDIP, n° 26 s.

⁹⁰ OTHENIN-GIRARD, Annexe Ic, n° 10.

⁹¹ BOHNET / HIRSCH, art. 172 CC, n° 2.

⁹² Arrêt du TF 5A_76/2007 du 30 mai 2005 consid. 2.3 ; CHAIX, art. 172 CC, n° 2.

⁹³ BOHNET / HIRSCH, art. 172 CC, n° 7.

⁹⁴ BUCHER, art. 62 LDIP, n° 3.

⁹⁵ ATF 126 III 257 consid. 4b., JdT 2001 I 38 (trad.).

En ce qui concerne l'entretien des enfants, ce sont les art. 62 LDIP et 31 CL qui sont applicables⁹⁶. L'art. 62 al. 3 LDIP présuppose la compétence du juge du divorce s'il s'agit d'ordonner des aliments à titre provisoire. Cette disposition l'emporte sur l'art. 79 LDIP en raison du lien de connexité entre le divorce et l'entretien de l'enfant⁹⁷.

S'il s'agit d'ordonner des mesures protectrices envers l'enfant ou régler la responsabilité parentale, la situation est alors réglée par la Convention de La Haye (art. 85 al. 1 LDIP). Le juge suisse est en principe compétent si la résidence habituelle de l'enfant se trouve en Suisse (art. 5 par. 1 CLaH 96). La Convention de la Haye prévoit plusieurs exceptions rendant les autorités suisses tout de même compétentes alors que la résidence se situe à l'étranger. Il faut que l'intérêt de l'enfant le justifie et que les parents soient d'accord (art. 10 CLaH 96) ou alors que l'autorité de la résidence habituelle transfère sa compétence afin que le juge suisse statue (art. 8 et 9 CLaH 96). Les art. 11 et 12 CLaH 96 prévoient une compétence exceptionnelle du juge suisse pour ordonner des mesures urgentes ou provisoires. Hors de ces cas, le juge helvète est incompetent pour trancher le litige⁹⁸.

IV. Illustration

Afin de comprendre au mieux la litispendance (*supra* II) et le for (*supra* III) en matière de mesures provisoires, voici dans un premier temps un cas servant à illustrer la théorie présentée précédemment (*infra* IV/A). Il sera suivi dans un second temps de sa résolution (*infra* IV/B),

A. Cas

⁹⁶ BUCHER, art. 62 LDIP, n° 11.

⁹⁷ *Ibidem*, art. 63 LDIP, n° 39.

⁹⁸ *Ibidem*, art. 62 LDIP, n° 14.

Alain, ressortissant français, et Béatrice, ressortissante suisse, se sont mariés selon le régime de la séparation des biens en 2010 à Genève, lieu où ils résident. De cette union sont nés deux enfants : Charlie et Diane. La famille dispose de revenus confortables, fruits du travail d'Alain tandis que Béatrice reste à la maison pour s'occuper de leur progéniture. En 2018, le couple se délite au point où Alain quitte le domicile familial pour aller s'établir en France voisine et dépose une demande en divorce unilatérale auprès du Tribunal de première instance de Lyon en novembre 2019.

Béatrice, sans revenus, se retrouve dans une situation critique. Elle souhaite obtenir une pension alimentaire, ainsi que régler le droit de garde d'Alain auprès de leurs enfants pour la durée de la procédure de divorce. Est-ce possible de saisir un tribunal suisse ? De plus, qu'en serait-il si Alain avait déjà demandé par mesures provisoires que ces questions soient réglées par le tribunal français ?

B. Résolution

Il y a là de toute évidence un cas international en raison de plusieurs éléments d'extranéité que sont la nationalité et le domicile français de l'époux et la saisine d'un tribunal français.

La France et la Suisse ayant toutes les deux ratifié la Convention de Lugano, celle-ci trouve application si son champ d'application matériel est touché. La demanderesse souhaite régler deux aspects que sont l'obligation alimentaire et le droit de garde des enfants. Dès lors que l'action en divorce a été introduite à Lyon, il n'est plus possible de demander des mesures protectrices de l'union conjugale au sens de l'art. 46 LDIP. L'obligation alimentaire entre dans le champ de la Convention, aussi l'art. 31 CL permet deux fors pour ordonner une mesure provisoire : celui de l'action au fond, ainsi qu'au lieu d'exécution de la mesure. Pour que le second for soit ouvert, il est nécessaire que la mesure soit nécessaire et urgente. Pour ce faire, il faut l'une des cinq hypothèses

reconnues par la jurisprudence, ce que devra prouver le requérant de la mesure. La Convention pose par ailleurs la condition d'un lien de rattachement réel entre le tribunal saisi et la mesure demandée.

En l'espèce, Béatrice peut demander des mesures provisoires à Lyon, lieu de l'action au fond, ou à Genève, lieu d'exécution de la mesure (art. 31 CL et 10 let. b LDIP). Afin de pouvoir agir à Genève, elle devra démontrer la nécessité et l'urgence en prouvant le péril en la demeure. Des cinq hypothèses établies par la jurisprudence, il semble que le péril en la demeure semble correspondre à la situation de l'épouse. Elle devra donc démontrer en quoi sa situation est critique et la nécessité d'obtenir dès que possible une pension. Béatrice et ses enfants résident à Genève, aussi le lien de rattachement réel est donné car l'objet de la mesure se trouve en Suisse.

Quant à la question du droit de garde, ce n'est plus la Convention de Lugano qui est la norme, mais la Convention de La Haye de 1996. Celle-ci prévoit pour for le lieu de résidence habituelle de l'enfant (art. 5 par. 1 CLaH 96). Il peut y avoir un autre for en cas d'exception selon les art. 8 à 12 CLaH 96.

Dans le cas présent, les enfants habitent à Genève, aussi le juge suisse est compétent. Ainsi, Béatrice peut demander des mesures provisoires à un tribunal genevois. La question de la reconnaissance de la décision suisse en France n'a pas été examinée.

Qu'en serait-il si Alain avait d'ores et déjà agi en ce sens auprès du tribunal lyonnais ? Se pose alors la question de la litispendance au sens des art. 9 LDIP et 27 CL, la Convention étant touchée pour les obligations alimentaires, mais pas la responsabilité parentale. Celle-ci existe si les six conditions sont satisfaites. Il faut une identité des parties et de la cause, qu'une action antérieure ait été ouverte auprès d'un juge étranger, qu'il existe un pronostic favorable que la décision puisse être reconnue en Suisse, ainsi que le juge suisse soit compétent. Pour qu'une décision soit reconnue, la LDIP pose pour condition

que l'auteur de la décision étrangère soit compétent (art. 25 let. a LDIP), contrairement à la CL (art. 33 par. 1 CL) qui n'exige qu'une décision d'un État partie, qu'il soit compétent ou non.

En l'espèce, Alain a agi antérieurement auprès du tribunal français. Les parties, à savoir Alain et Béatrice, sont identiques, de même que le fondement juridique de leur litige. La décision portant sur l'obligation alimentaire pourra être reconnue au sens de l'art. 33 par. 1 CL, cependant il en va autrement quant à la responsabilité parentale. En vertu de l'art. 5 par. 1 CLaH 96, seul le tribunal genevois peut trancher cette question et la décision ne pourrait donc pas être reconnue en Suisse. La dernière condition pour que la litispendance soit donnée est la compétence du tribunal genevois comme expliqué ci-dessus. Ainsi, si Alain agit en premier, Béatrice pourra demander des mesures au sujet de la responsabilité parentale, mais le juge suisse risque certainement de se dessaisir au profit du tribunal lyonnais quant à l'action alimentaire en vertu de la litispendance.

Conclusion

La mesure provisoire ne possède pas une définition universelle, elle se construit plutôt par opposition. Bien que temporaire, cet outil a une importance conséquente pour la suite de la procédure et il est essentiel de savoir la maîtriser (*supra* I/A). En droit international privé, celle-ci possède plusieurs sources tant internationales que nationales dont les plus importantes sont la LDIP et la CL. Dans le cadre de la CL, la CJUE a jugé la notion de mesure provisoire d'autonome et en a donné une définition qui n'est pas toujours en accord avec le droit local (*supra* I/B).

Dans un second temps fut dépeinte la litispendance dans un cadre international. Afin d'exister, six conditions doivent être remplies, bien que la sixième, à savoir la compétence du juge suisse, soit souvent oubliée dans la pratique (*supra* II/A). En cas de litispendance pour l'action au fond, il reste possible d'ordonner des mesures provisoires si les conditions de ces dernières sont satisfaites (*supra* II/B).

Puis nous avons exposé la compétence pour ordonner ces mesures. Si le tribunal de l'action au fond est toujours compétent, il reste possible de saisir le juge du lieu d'exécution si la mesure est nécessaire et urgente. L'exigence d'urgence a disparu du droit interne suisse, mais la jurisprudence du TF la maintient au niveau international pour l'instant (*supra* III/A/1). Si le champ d'application de la Convention de Lugano est touché, il faut être attentif aux conditions supplémentaires qu'elle pose, notamment un lien de rattachement réel entre la mesure demandée et la compétence territoriale de l'État sollicité (*supra* III/A/2). Si le juge suisse n'est pas compétent pour le fond de l'affaire, ce sont les dispositions générales qui s'appliquent et non le chapitre de la LDIP consacré au droit de la famille. La jurisprudence a par ailleurs décrit cinq hypothèses afin qu'une mesure soit considérée comme nécessaire et urgente en droit matrimonial. Contrairement aux autres éléments, les mesures ayant trait à la protection des enfants et la responsabilité parentale sont réglées de manière stricte par la CLaH 96 (*supra* III/B).

Suite à cette présentation de la théorie, nous avons alors présenté un cas illustrant la compétence et la litispendance en cas de divorce entre la Suisse et un pays partie à la Convention de Lugano (*supra* IV/A). Dans une même affaire, on peut appliquer la Convention de Lugano, mais également la LDIP en raison du champ d'application restreint de la Convention en droit de la famille (*supra* IV/B).

En conclusion, beaucoup des éléments touchant aux mesures provisoires en droit international privé de la famille ne sont pas figés dans la loi. Aussi, les concepts peuvent évoluer si le juge décide de les modifier. En droit de la famille, les enjeux sont conséquents : avec un argumentaire pertinent, un défenseur judiciaire peut changer la donne.