

**Arrêt du 8 janvier 2013 (f)
Résumé et analyse**Protection de l'enfant ;
notion de résidence
habituelle**Proposition de citation**Simon Othenin-Girard, Portée de l'article 85 LDIP
- Convention de La Haye de 1996 sur la
protection des enfants (CLaH96) - Notion de
résidence habituelle, Newsletter
DroitMatrimonial.ch mars 2013**Art. 85 LDIP ; 19 ss
CLaH 61 ; 5, 7 CLaH 96**

Portée de l'article 85 LDIP - Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (CLaH96) - Notion de résidence habituelle

Simon Othenin-Girard

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

Cet arrêt (TF, 8.01.2013, 5A_809/2012)¹, qui porte sur la compétence internationale en matière de protection des enfants, au stade des mesures protectrices, donne au lecteur des indications intéressantes quant à la portée de l'art. 85 LDIP (b) ; au préalable, nous formulerons quelques remarques sur la portée des dispositions de la LDIP se référant à des conventions internationales (a). La définition de la résidence habituelle est également abordée (c).

a) Portée des dispositions de la LDIP se référant à des conventions internationales

1. L'arrêt met en lumière les difficultés auxquelles le praticien peut être confronté à saisir la portée des règles de la LDIP se référant à des conventions internationales, en particulier l'article 85 LDIP. Cette difficulté est un plat classique du droit international privé et pas seulement en matière de droit de la famille.

On rappellera que les dispositions de la LDIP se référant ou citant des conventions internationales n'ont pas toutes la même portée (sur cette question, voir A. BUCHER, La LDIP et les conventions internationales, in W. A. Stoffel/P. Volken (édit.), Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, p. 265-278, M. KELLER, Hinweise auf Staatsverträge im IPRG, Mélanges von Overbeck précité, p. 279-285 ; F. GUILLAUME, La LDIP et les conventions de droit international privé, A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (édit.), La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après, p. 161 ss).

2. En premier lieu, le législateur rappelle parfois, dans un but pédagogique, la présence d'une convention internationale qui s'applique de toute manière, celle-ci constituant une convention *self executing*, vu le principe de la primauté du droit international rappelé à l'art. 1^{er} al. 2 LDIP. Tel est le cas, par exemple de l'art. 83 LDIP, s'agissant de l'obligation alimentaire. Dans la mesure où la convention désigne la loi applicable à l'obligation *erga omnes*, indépendamment de toute condition de réciprocité (voir l'art. 3 de la Convention), la référence figurant à l'art. 83 LDIP n'a pas de portée propre. Il s'agit d'une disposition qui

¹ La présente analyse paraît également in AJP/PJA 4/2013.

fonctionne comme un panneau de signalisation (voir p. ex. B. DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale sur le droit international privé, 4^e éd., Bâle 2005, art. 83 N 1), qui s'explique par la volonté du législateur, un brin utopique, d'adopter une codification présentant le système du droit international privé suisse sous une forme accessible pour les citoyens (Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, ch. 102 : « *il s'ensuit la nécessité de créer un cadre adéquat dans lequel s'inscrit pareil système conventionnel qui soit accessible même au non spécialiste* »). Il n'est pas certain que ce vœu louable, dans la droite ligne d'Eugen Huber (« les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit » : E. HUBER, Code civil suisse, Exposé des motifs de l'avant projet du DFJP, t. I (1901), p. 10), soit couronné de succès sur ce point.

3. D'autres dispositions de la LDIP, se référant à des conventions, ont une portée propre, en tant qu'elles entendent appliquer l'instrument international, par analogie ou à titre de droit national, à des situations que la convention ne vise pas. Cette forme d'extension, à titre de droit national, peut porter sur le champ d'application matériel, personnel, territorial ou même temporel de la convention. Parmi ces dispositions, l'on peut citer les exemples suivants, sans caractère exhaustif :

aa) Extension du champ d'application matériel

L'art. 93 LDIP précise que la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires « s'applique par analogie à la forme d'autres actes à cause de mort » ; ainsi, une donation à cause de mort, par exemple, qui n'est pas visée par la convention, sera soumise, en vertu du droit national aux rattachements alternatifs mis en place par la convention (voir p. ex. B. DUTOIT, Commentaire, art. 93 N 3 ; A. BUCHER, in A. Bucher (édit.), Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Commentaire romand [cité : CR-LDIP/CL], Bâle 2011, art. 93 N. 2).

Dans son ancienne teneur, l'art. 85 al. 2 LDIP, aujourd'hui modifié, précisait que la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 en matière de protection des mineurs « par analogie aux personnes qui sont majeures ou qui sont mineures au sens du seul droit suisse (...) », ce qui conduisait à soumettre, en vertu de cette règle nationale, au régime de la Convention des personnes qui n'étaient pas visées par cet instrument (voir p. ex. B. DUTOIT, Commentaire, art. 85 N 21).

L'art. 149a LDIP conduit à une extension, ou à une application par analogie à titre de droit national, des règles de la Convention de La Haye de 1985 sur le trust, au trust dont la preuve écrite fait défaut, qui n'est pas couvert par la convention (art. 3 ; cf. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative au trust et à sa reconnaissance, FF 2005 599 ; DUTOIT, Commentaire, Supplément à la 4^e édition, Bâle 2011, art. 149a N 2).

bb) Extension du champ d'application territorial

L'art. 85 al. 2 LDIP, dans sa teneur initiale, précisait que la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs, qui ne vise que les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant (cf. art. 13 al. 1 de la Convention), s'appliquait également par analogie aux mineurs n'ayant pas leur résidence dans un Etat contractant.

Cela conduisait à étendre l'application de la convention, en vertu du droit national.

cc) Extension du champ d'application temporel

L'article 108c LDIP déclare applicable aux titres intermédiés la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. Or cette convention n'est pour l'instant pas encore en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications ; la convention s'applique néanmoins en Suisse en vertu d'une disposition nationale (cf. F. GUILLAUME, CR-LDIP/CL, art. 108a-108d N 9) ; ce procédé, de l'application anticipée, à titre de droit national, d'une convention qui n'est pas encore entrée en vigueur, est suffisamment insolite pour que l'Office fédéral de la justice publie une communication à ce sujet (Communication du 18 mai 2011 de l'Office fédéral de la justice sur l'application unilatérale de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, RO 2011 1771).

4. A cet égard, ces dispositions ne sont pas toujours exemptes d'ambiguïté, à telle enseigne que le but de lisibilité n'est pas toujours atteint. Ainsi, l'art. 118 LDIP se réfère à la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, mais ne cite pas la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), qui l'emporte souvent sur la Convention de La Haye (voir les art. 1 ss CVIM pour son champ d'application) ; cette absence de « panneau de signalisation » de la CVIM dans la loi fédérale, qui peut induire en erreur, pourrait certes s'expliquer par la nature différente de cet instrument ; si la CVIM est en effet une convention contenant un droit international matériel uniforme, il n'en demeure pas moins qu'elle fait parfois recours au mécanisme des règles de conflit de lois, notamment pour définir son champ d'application (art. 1^{er} al. 1 lit. b CVIM ; voir p. ex. TF, 16.07.2012, 4A_753/2011) ; en outre, différentes questions, qui ne sont pas couvertes par la Convention (p. ex. les intérêts moratoires, cf. TC VS, RJV 2006 p. 188), devront être résolues en application du droit désigné par les règles de conflit déterminantes ; en Suisse, il s'agira des règles de la Convention de La Haye de 1955 ou, lorsque ces règles ne s'appliquent pas, des art. 116/117 LDIP (cf. DUTOIT, Commentaire, art. 118 N 9^{bis}, Supplément, art. 118 N 2 ss ; BONOMI, CR-LDIP/CL, art. 118 N 7). A notre avis, il n'est guère pédagogique de ne pas marquer la CVIM d'un « panneau de signalisation » à l'art. 118 LDIP ; ce silence s'explique sans doute par le fait que la CVIM n'avait pas encore été ratifiée par la Suisse lors de l'adoption de la LDIP ; il eût été judicieux que le législateur modifiât l'art. 118 LDIP lors de la ratification de ce texte afin de maintenir le but de clarté et d'accessibilité du droit poursuivi par le législateur de la LDIP. L'articulation de ces deux textes n'est pas toujours aisée et la référence incomplète figurant dans la loi perd largement la vertu de signalisation qu'elle poursuivait.

Les exemples pourraient être multipliés : sur le plan pédagogique, l'allusion lacunaire à des dispositions conventionnelles *self executing* qui lient la Suisse, et qui l'emportent, dans un système moniste, sur le droit national en vertu du principe de la primauté du droit international rappelé par la loi (cf. art. 1^{er} al. 2 LDIP), juxtaposée avec des dispositions étendant, sans le dire toujours expressément, le champ d'application de dispositions conventionnelles, nous semble fort discutable et ne remplit pas l'objectif de clarté de présentation du système. Un tel exercice, pour être plus utile, devrait mentionner de façon exhaustive les conventions déterminantes, ce qui n'est pas le cas, et la loi devrait faire l'objet d'une adaptation régulière lors de l'adoption d'une nouvelle convention. A notre avis,

si le but est louable, un système lacunaire comporte plus de désavantages que d'avantages. Par ailleurs, la portée des règles conventionnelles n'est pas toujours la même ; lorsque la convention (tel est le cas de la Convention de La Haye de 1996 en matière de protection des enfants) contient certaines règles applicables *erga omnes* alors que d'autres règles ne valent qu'entre Etats contractants, le législateur serait bien inspiré de préciser dans la disposition de la LDIP s'il entend étendre le champ d'application de ces dispositions à titre de droit national (cf. F. GUILLAUME, La LDIP et les conventions, *op. cit.*, p. 184). C'est l'un des problèmes que pose l'art. 85 LDIP.

b) Portée de l'art. 85 LDIP

5. L'art. 85 LDIP, dont la portée, dans sa teneur initiale, avait été examinée par la jurisprudence (ATF 124 III 180 ; 118 II 186 ; 117 II 336 ; 109 II 375), a été révisé à la suite de l'adoption par la Suisse des conventions de La Haye de 1996 sur la protection des enfants et de 2000 sur la protection des adultes. Cette disposition n'est pas aisée d'application, ce d'autant que la portée des règles de la convention de 1996 est différente selon leur nature : le champ d'application spatial de la convention est en effet défini différemment selon la question à traiter. Les dispositions régissant la compétence des autorités s'appliquent lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat contractant (art. 5 al. 1) ; elle s'applique également, indépendamment de la résidence, aux enfants réfugiés (art. 6 al. 1), à ceux dont la résidence habituelle ne peut être établie (art. 6 al. 2), pour les mesures d'urgence (art. 11 al. 1) et les mesures provisoires (art. 12 al. 1). Les règles de conflit de lois de la convention s'appliquent même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat contractant (effet *erga omnes*). Les dispositions régissant la reconnaissance et l'exécution visent les décisions émanant d'un Etat contractant ; les règles sur la coopération entre autorités concernent les Etats contractants.

6. Dans la présente affaire, le Tribunal fédéral explicite un point, parmi les interrogations que suscite cette disposition. La référence à la nouvelle convention, à l'art. 85 al. 1 LDIP en ce qui concerne la compétence des autorités, a pour conséquence que le nouvel instrument s'applique, à titre de droit national, dans les relations avec les Etats qui ne l'ont pas signée, à une réserve près : en effet, bien que la loi ne le précise pas, la Convention réserve l'application de la Convention de 1961 dans les relations avec les Etats qui ont signé la convention de 1961 et non celle de 1996 (art. 19ss de la Convention de 1996) ; il s'agit de l'Autriche, la Chine (Macao), la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et la Turquie (DUROI, Commentaire Supplément, art 85 N 3). En définitive, la Convention de 1996 ne s'appliquera à titre de droit national que dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont ratifié ni la convention de 1961 ni celle de 1996. Tel était bien le cas en l'espèce, les Etats-Unis n'étant pas partie à la convention de 1961 et ayant signé, mais non pas encore ratifié celle de 1996.

7. Dans une autre affaire (TF, 25.10.2011, 5A_440/2011), le TF a eu l'occasion de s'inspirer des mêmes réflexions pour appliquer la Convention de 1961, en l'occurrence dans les rapports avec l'Italie, l'Italie n'étant pas liée par la Convention de 1996, mais bien par celle de 1961 (voir également arrêt 5A_427/2009 du 27 juillet 2009 consid. 4.5.1 ; Message du CF, FF 2007 p. 2470 ; BUCHER, CR-LDIP/CL, art. 85 N 112 ; F. GUILLAUME, *op. cit.*, , p. 178/179).

8. L'application par analogie de la Convention n'implique pas une modification des mécanismes qu'elle met en place : les dispositions qui reposent sur une coopération entre Etats contractants ou qui se fondent sur le fait que la décision à intervenir sera reconnue

dans les autres Etats contractants ne peuvent être appliquées, sans garantie, en dehors du système conventionnel, quant à la reconnaissance de la décision à prononcer en Suisse : ainsi, en cas de déplacement de la résidence de l'enfant dans un Etat non contractant, la *perpetuatio fori* n'est pas interrompue en faveur des autorités de la nouvelle résidence habituelle, une telle interruption n'étant prévue qu'entre Etats contractants (arrêt commenté, consid. 2.3.2 et les références). La doctrine relève que l'autorité suisse pourra néanmoins (mais ne devra pas) se dessaisir si les autorités de la nouvelle résidence acceptent de prendre des mesures pouvant être reconnues en Suisse (DUTOIT, Commentaire, Supplément, art. 85 N 4 ; A. BUCHER, CR LDIP/CL, art. 85 N 25 ; I. SCHWANDER RDT 2009 13). Rien n'empêche en effet de tenter une prise de contact en dehors de toute obligation (cf. BUCHER, CR N 148 ad 85).

9. Les mêmes principes s'appliquent pour la convention de 1961 (ATF 123 III 411 [414 *in fine*] ; TF, 18.12.1998, SJ 1999 I 221, RSDIE 1999, 319 ; 5A_220/2009, 30 juin 2009 ; I. SCHWANDER, PJA 1998 p. 840ss, 842 ; IDEM, Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996, RDT 2009 p. 1ss, en particulier note 46 p. 18 ; A. BUCHER, L'enfant en droit international privé, 2003, n° 338 ; BIZR 96/1997, n° 52 p. 132 ; P. LAGARDE, Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants, in : Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Dix-huitième session 1996, vol. 2, La Haye 1998, n° 42). Par conséquent, en cas de déplacement dans un Etat lié par la Convention de 1961, mais non par celle de 1996, la compétence ne sera plus donnée en Suisse, la *perpetuatio fori* étant interrompue en faveur des autorités de la nouvelle résidence (cf. 5A_440/2011 précité pour l'Italie).

10. S'agissant du droit applicable, l'art. 85 al. 1 LDIP n'a pas de portée propre dans la mesure où la Convention prévoit l'application *erga omnes* de ses règles de conflit de lois (art. 20 de la Convention ; BUCHER, CR-LDIP/CL, art. 85 N 67 ; DUTOIT, Supplément, art. 85, p. 103). A noter que l'article 85 al. 2 LDIP procède selon le même schéma pour la Convention en matière de protection internationale des adultes.

11. S'agissant de la portée de l'art. 85 al. 3 LDIP, il permet de fonder la compétence des tribunaux suisses si le besoin de protection de la personne ou de ses biens l'exige ; elle permettra de résoudre la lacune de protection à l'égard de mineurs dont la résidence habituelle ne se situerait pas dans un Etat contractant des conventions de 1961 et 1996 (pour plus de détails, BUCHER, CR-LDIP/CL, art. 85 N 145).

12. Quant à l'art. 85 al. 4 LDIP, il vise la reconnaissance des décisions qui sont rendues dans un Etat non contractant à la Convention de 1996 ; elles sont reconnues lorsqu'elles ont été ordonnées ou reconnues dans l'Etat de la résidence de l'enfant ; même si cette disposition ne le précise pas, il convient de réserver à nouveau l'application de la Convention de 1961, de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde (Convention de Luxembourg) du 20 mai 1980 (RS 0.211.230.011), ainsi que des traités bilatéraux (BUCHER, CR art. 85 N 147). La Convention de Luxembourg de 1980 est moins efficace que la Convention de 1996 et réserve l'application d'instruments internationaux plus favorables à la reconnaissance et l'exécution (art. 19) ; on observera que la Convention de Luxembourg ne fait pas obstacle à la reconnaissance de mesures selon le régime plus souple de la CLaH96 (TF, 15.08.2012, 5A_291/2012).

c) Notion de résidence habituelle

13. L'arrêt aborde également la notion de résidence habituelle en des termes relativement détaillés. Il aurait été judicieux que le Tribunal fédéral relève que la résidence habituelle dont il est ici question est une notion conventionnelle, comme il l'a fait dans d'autres arrêts, de sorte qu'elle doit être interprétée conformément au but et à l'esprit du traité (cf. p. ex. TF, 25.10.2011, 5A_440/2011) ; le TF a précédemment souligné que l'on pouvait s'inspirer de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, dont la définition correspond en règle générale au rôle attribué à la résidence habituelle dans le cadre de la convention (5A_440/2011 précité). Cela étant, les conventions de La Haye ne contiennent pas de définition du critère de rattachement cardinal de la résidence habituelle (voir BUCHER, CR, N 38 ad 20) ; il s'agit d'un critère qui, de caractère fonctionnel, vise le milieu d'intégration de l'individu ; elle est indépendante du statut administratif (B. AUDIT, Droit international privé, 5^e éd., Paris 208, p. 136).

14. On ne peut que se réjouir de constater que le Tribunal fédéral n'hésite pas à citer la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'affaire citée (CJCE du 2 avril 2009 C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus contre Finlande*, Rec. 2009 I-02805 point 37 ss) se rapportant à la résidence habituelle retenue dans le règlement Bruxelles II^{bis}, qui définit la compétence judiciaire, au sein de l'UE en matière matrimoniale. Comme il l'avait fait précédemment (voir TF, 12.06.2012, 5A_346/2012 et 5A_889/2011, du 23 avril 2012), le TF reprend textuellement la formule utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE : *La notion de «résidence habituelle», au titre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2201/2003, doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État*). Une forme de convergence entre la notion de résidence des droits nationaux, des conventions de La Haye et des règlements européens utilisant le critère de la résidence habituelle nous paraît souhaitable, dans un but d'harmonie, pour autant qu'aucune différence fonctionnelle n'y fasse obstacle ; une telle harmonisation est de nature à réduire les conflits et à simplifier la compréhension et le fonctionnement du système, dans les relations avec les pays de l'UE notamment, situations auxquelles des parties seront fréquemment confrontées en Suisse.

15. Au passage, le Tribunal fédéral confirme la possibilité qu'une résidence habituelle soit créée « *sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêts 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1 ; 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2, publié in SJ 2010 I, p. 193 ; 5A_220/2009 du 30 juin 2009 consid. 4.1.2 publié in SJ 2010 I, p. 169 ; 5A_665/2010 du 2 décembre 2010 consid. 4.1 et les références citées)* ». Sur ce point, la convergence avec la notion de domicile est renforcée (sur cette problématique, en particulier sur la notion de « domicile imminent », voir S. OTHENIN-GIRARD, *Divorce international – For du domicile du demandeur de nationalité suisse (art. 59 lit. b LDIP) – arrêt du Tribunal fédéral 5A_659/2011, 5 avril 2012, A. c. dame A., Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle, AJP/PJA 2012 p. 853-859, publié également in Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2012 ;*

jurisprudence confirmée par le Tribunal fédéral dans ses arrêts 5A_267/2012, du 2.11.2012 et 5A_270/2012, du 24.09.2012). Il n'est toutefois pas certain que cette conception soit admise en application du règlement communautaire précité.

16. Cela étant, s'il n'y a pas lieu ici de se prononcer sur le résultat concret, faute d'accès au dossier, il est probable que l'analyse médico-psychiatrique n'a pas joué en faveur de l'intéressée. L'arrêt laisse songeur tant le Tribunal fédéral rapproche son analyse des faits de celle qu'il aurait effectuée s'il s'était agi de déterminer le domicile (volontaire) de l'intéressée et non sa résidence habituelle. S'il faut bien concéder que le domicile de l'art. 20 al. 1 lit. a LDIP est une notion objectivée (BUCHER, CR art. 20 N 22), la volonté interne de la personne n'étant déterminante, en ce qui concerne le domicile, que dans la mesure où elle s'est manifestée concrètement de façon externe, à l'égard des tiers (voir récemment TF, 5A_267/2012, du 21.11.2012 ; 5A_270/2012, du 24.09.2012 ; 5A_659/2011, 5 avril 2012), il n'est pas sûr que cela justifie une convergence d'analyse aussi forte que celle qui est faite en l'espèce. L'examen du Tribunal fédéral démontre que, pour admettre la création d'une résidence habituelle, l'intéressé doit être cohérent dans son comportement et ses déclarations, comme il doit l'être pour la constitution d'un domicile ; en d'autres termes, le Tribunal fédéral n'hésite pas à se forger une opinion, sur la base des déclarations et du comportement de l'intéressé, sur le point de savoir si la résidence habituelle prétendue traduit bien une forme d'intégration sociale dans un nouvel Etat ; dans un arrêt antérieur (TF, 25.10.2011, arrêt 5A_440/2011), il avait pourtant relevé que « *sous réserve d'un éventuel abus de droit, la résidence habituelle ne suppose pas une "attache" ou une "affinité particulière" avec le nouveau pays de séjour. S'agissant du caractère durable du changement de résidence, le critère pertinent est celui de la perspective d'une certaine durée dans le nouveau pays* ». Il est dorénavant posé que la manifestation du nouveau centre d'intérêt, que constitue la résidence habituelle, doit être manifestée à l'égard de tiers ; en l'espèce, les déclarations de l'intéressée à la police judiciaire n'allant pas dans le sens de l'établissement d'une résidence habituelle, mais d'un simple séjour passager chez sa sœur, faisaient obstacle, selon le Tribunal fédéral, à l'admission d'une résidence habituelle au moment déterminant, en dépit des indices démontrant un abandon de l'ancien lieu de résidence de l'intéressée. Le fait que, par la suite, le comportement de l'intéressée ait confirmé la création d'une nouvelle résidence habituelle n'a pas permis de valider, *a posteriori*, la création d'une résidence habituelle au moment pertinent, soit lors de la saisine du juge suisse de la requête de modification des mesures protectrices.

17. Il est courant, dans le contentieux matrimonial, de voir les conjoints ou les ex-conjoints tenter de créer, pour des raisons stratégiques, une litispendance en prenant l'initiative d'une procédure (sur cette « course au for », en rapport avec la constitution du domicile, voir notamment S. OTHENIN-GIRARD, *Divorce international – For du domicile du demandeur de nationalité suisse (art. 59 lit. b LDIP) – arrêt du Tribunal fédéral 5A_659/2011*, 5 avril 2012, A. c. dame A., Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle, AJP/PJA 2012 p. 853-859, publié également in Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2012). Au niveau européen, comme nous le relevions, l'unification des règles de compétence en matière matrimoniale (Règlement CE n° 2201/2003 « Bruxelles II^{bis} ») n'a pas freiné cette tendance au *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 (voir notre contribution précitée, AJP 2012, p. 856). L'arrêt commenté démontre que les conditions de création d'une résidence habituelle ne sont paradoxalement pas

beaucoup plus aisées que la constitution d'un domicile volontaire, au point qu'il devient apparemment de moins en moins facile de distinguer la notion de la résidence habituelle de celle du domicile. Ainsi, le conjoint qui souhaite, pour des raisons de stratégie procédurale, saisir un juge en se fondant sur sa nouvelle résidence habituelle (ou celle des enfants), devra concrétiser au plus vite son nouvel ancrage par des comportements cohérents et des manifestations extérieures dépourvues d'ambiguïté. A défaut, la nouvelle résidence ne sera pas qualifiée de résidence habituelle. Ce contrôle de l'effectivité de la résidence habituelle constitue un muret (à défaut de rempart !) contre les formes excessives (ou abusives) de course au for.