

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11385/2016-CS

DAS/227/2016

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU MERCREDI 28 SEPTEMBRE 2016

Recours (C/11385/2016-CS) formé en date du 5 août 2016 par **Madame A_____**, sans domicile ni résidence connus, comparant par Me Alexandra CLIVAZ-BUTTLER, avocate, en l'Etude de laquelle elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **30 septembre 2016** à :

- **Madame A_____**
c/o Me Alexandra CLIVAZ-BUTTLER, avocate
Rue de la Rôtisserie 2, Case postale 3809, 1211 Genève 3.
 - **TRIBUNAL DE PROTECTION DE L'ADULTE
ET DE L'ENFANT.**
-

EN FAIT

- A.** a) A_____ et B_____, tous deux de nationalité paraguayenne, se sont mariés le _____ 1997 à _____ (Paraguay).
- b) Deux enfants, nées à _____ (Paraguay), sont issues de cette union, soit C_____, née le _____ 1997, et D_____, née le _____ 1999.
- Elles sont toutes deux de nationalité paraguayenne.
- c) Selon les allégations de A_____, celle-ci est arrivée en Suisse en 2006, suivie par B_____ et leurs filles en 2008.
- d) Le 2 août 2010, le divorce des époux A_____ et B_____ a été prononcé à E_____ (Paraguay), sans que le sort des enfants n'ait été réglé.
- e) Par jugement séparé du 10 octobre 2011, le Tribunal de l'enfance et de l'adolescence d'E_____ (Paraguay) a désigné B_____ comme "tuteur" des enfants C_____ et D_____.
- B.** Le 3 juin 2016, A_____ a saisi le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant de Genève (ci-après: le Tribunal de protection) d'une requête dirigée contre B_____ tendant à la modification de l'autorité parentale et du droit de garde de la mineure D_____, à la fixation de relations personnelles et au versement d'une contribution d'entretien en faveur de celle-ci.
- C.** Par décision DTAE/3412/2016 du 5 juillet 2016, le Tribunal de protection a déclaré cette requête irrecevable, pour raison d'incompétence.

Le Tribunal de protection a retenu que les autorités judiciaires paraguayennes s'étaient déterminées sur les droits parentaux de manière contraire aux règles de droit international privé, faute de résidence habituelle des enfants au Paraguay à l'époque, de sorte que la décision qu'elles avaient rendue sur les droits parentaux n'était pas valable. Les questions relatives au sort des enfants devaient dès lors être traitées par le Tribunal de première instance de Genève dans le cadre d'une procédure en complément du jugement du divorce, ce d'autant plus en l'absence d'accord des deux parents, de sorte que le Tribunal de protection était incompétent à raison de la matière.

- D.** a) Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 5 août 2016, A_____ a interjeté recours contre la décision précitée, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut principalement à l'annulation du jugement rendu le 10 octobre 2011 par le Pouvoir judiciaire d'E_____ au Paraguay, à l'attribution à elle-même de l'autorité parentale et de la garde de la mineure D_____, à l'octroi en faveur du père d'un droit de visite devant s'exercer en accord avec la mineure D_____, avec suite de

frais et dépens. Elle a en outre conclu, subsidiairement, à la modification du jugement rendu le 10 octobre 2011 par le Pouvoir judiciaire d'E_____ au Paraguay et à l'octroi à elle-même de l'autorité parentale et de la garde de la mineure D_____, reprenant ses conclusions principales pour le surplus, et encore plus subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal de protection, afin qu'il modifie le jugement rendu le 10 octobre 2011 par le Pouvoir judiciaire d'E_____ au Paraguay, dans le sens souhaité.

b) Par courrier du 19 août 2016, le Tribunal de protection a déclaré ne pas souhaiter faire usage des facultés prévues par l'art. 450d CC.

c) A_____ a été informée le 22 août 2016 de ce que la cause était mise en délibération.

EN DROIT

1. **1.1** Les art. 443ss CC relatifs à la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte sont applicables par analogie à celle devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314 al. 1 CC).

Les décisions de l'autorité de protection peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Chambre de surveillance de la Cour de justice (art. 450 al. 1 CC; art. 53 al. 1 LaCC; art. 126 al. 3 LOJ) dans les trente jours à compter de la notification de la décision (art. 450b al. 1 CC; art. 53 al. 2 LaCC). Le recours doit être dûment motivé et interjeté par écrit auprès du juge (art. 450 al. 3 CC).

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, par une personne partie à la procédure et selon la forme prescrite par la loi, le recours est recevable.

1.2 La Chambre de céans revoit la cause, soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitées (art. 446 al. 1 et 3 CC), avec un plein pouvoir d'examen (art. 450a al. 1 CC).

2. La recourante reproche tout d'abord la notification irrégulière de la décision du Tribunal de protection dans la mesure où celui-ci n'a pas respecté l'élection de domicile faite en l'Etude de Me Alexandra CLIVAZ-BUTTLER, de sorte que la décision serait nulle ou à tout le moins annulable.

2.1 A teneur de l'art. 137 CPC, applicable par renvoi de l'art. 31 al. 1 let. d LaCC, lorsque la partie est représentée, les actes sont notifiés à son représentant.

La notification d'un acte doit permettre au destinataire de prendre connaissance de cette communication et, le cas échéant, de réagir à cet acte (ATF 113 Ib 296 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_787/2013 du 31 janvier 2014 consid. 3.3.2). L'invocation de vices de forme trouve toutefois sa limite dans le

principe de la bonne foi et il faut examiner selon les circonstances du cas concret si la partie concernée a effectivement été induite en erreur et ainsi, désavantagée (KGer BL du 15.07.2014 (400 14 83) consid. 4.3).

2.2 En l'espèce, bien que la décision du Tribunal de protection n'ait pas été notifiée au domicile élu de la recourante, celle-ci a toutefois pu interjeter recours en temps utile par le biais de son conseil, de sorte qu'il ne résulte aucun préjudice de la notification irrégulière. Ce vice ne peut dès lors entraîner ni la nullité, ni l'annulabilité de la décision querellée.

- 3.** La recourante reproche au Tribunal de protection de ne pas avoir tenu compte de l'intérêt de l'enfant en refusant d'entrer en matière sur sa requête, dans la mesure où le Tribunal de première instance serait incompétent pour modifier un jugement émanant d'une autorité de protection de l'enfant. Cette situation entraînerait une impossibilité de modifier la situation juridique afin qu'elle corresponde à la réalité, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

3.1.1 Au vu de la résidence habituelle de la mineure à Genève, la compétence *ratione loci* des tribunaux genevois a été retenue à juste titre par le Tribunal de protection sans que la recourante ne la remette en cause, de sorte que l'analyse de la Cour de céans ne portera que sur la compétence *ratione materiae* du Tribunal de protection, qui demeure litigieuse.

3.1.2 Selon l'art. 59 al. 1 CPC, le tribunal n'entre en matière que sur les demandes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action. Une requête est notamment recevable si le tribunal est compétent à raison de la matière et du lieu (art. 59 al. 2 let. b CPC). Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC).

A la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité de protection de l'enfant, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant (art. 134 al. 1 CC). Les conditions se rapportant à la modification des autres droits et devoirs des père et mère sont définies par les dispositions relatives aux effets de la filiation (al. 2). En cas d'accord entre les père et mère, l'autorité de protection de l'enfant est compétente pour modifier l'attribution de l'autorité parentale et de la garde ainsi que pour ratifier la convention relative à l'entretien de l'enfant. Dans les autres cas, la décision appartient au juge compétent pour modifier le jugement de divorce (al. 3; art. 315b al. 1 ch. 2 CC). Lorsqu'il statue sur la modification de l'autorité parentale, de la garde ou de la contribution d'entretien d'un enfant mineur, le juge modifie au besoin la manière dont les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ont été réglées; dans les autres cas, l'autorité de protection de l'enfant est compétente en la matière (al. 4).

Le juge qui statue sur l'autorité parentale, la garde et la contribution d'entretien selon les dispositions régissant le divorce et la protection de l'union conjugale règle également les relations personnelles (art. 275 al. 2 CC).

Le juge est compétent pour modifier les mesures judiciaires relatives à l'attribution et à la protection des enfants : 1. dans la procédure de divorce; 2. dans la procédure en modification du jugement de divorce, selon les dispositions régissant le divorce; 3. dans la procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale; les dispositions qui régissent le divorce s'appliquent par analogie (art. 315b al. 1 CC). Dans les autres cas, l'autorité de protection de l'enfant est compétente (art. 315b al. 2 CC).

S'agissant de la modification des mesures judiciaires relatives au sort de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant dispose d'une compétence générale en cas d'accord des deux parents quel que soit le domaine (autorité parentale, garde, relations personnelles et entretien) (HELLE, Droit matrimonial, Commentaire pratique, Bâle, 2016, n. 89 ad art. 134 CC et n. 11, 20, 22 et 23 ad art. 315b CC; MEIER, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 26 ad art. 315/315a/315b CC). La compétence de l'autorité de protection de l'enfant demeure limitée aux cas non contentieux (DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, Droit de la famille, Lausanne, 2013, n. 1.3 ad art. 275 CC).

Lorsque la procédure est contentieuse et porte sur la modification de l'autorité parentale, la prise en charge, respectivement la garde ou les contributions d'entretien, le tribunal est compétent (art. 134 al. 1 et 315b al. 1 CC; HELLE, op. cit., n. 91 ad art. 134 CC et n. 17 ad art. 315b CC; LEUBA/BASTONS BULLETTI, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 7-9 ad art. 134 CC; MEIER, op. cit., n. 28 ad art. 315/315a/315b CC). Le juge est également compétent par attraction de compétences en matière de relations personnelles lorsqu'un autre aspect du sort de l'enfant est concerné, tel que la modification de l'autorité parentale ou de la garde (HELLE, op. cit., n. 92 ad art. 134 CC et n. 35 ad art. 315b CC; MEIER, op. cit., n. 30 ad art. 315/315a/315b CC; LEUBA, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 13 ad art. 275 CC).

3.1.3 Selon l'art. 11 de la loi paraguayenne 45/91 du divorce, en présence d'enfants mineurs, les conjoints, ou chacun d'entre eux, doivent, après le dépôt de la demande en divorce ou avant en cas d'urgence, solliciter du Tribunal tutélaire des mineurs une décision provisoire portant notamment sur la garde des enfants, les relations personnelles et la contribution d'entretien.

3.2 En l'espèce, la recourante a déposé, auprès du Tribunal de protection de Genève, une requête visant à modifier l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde de la mineure D_____, telles que fixées par le Tribunal de l'enfance et de l'adolescence d'E_____ (Paraguay), ainsi qu'à fixer les relations

personnelles et la contribution d'entretien en faveur de celle-ci. Aucun élément de la procédure ne permet de déduire que B_____ serait d'accord avec une telle modification.

Il s'agit dès lors d'un cas de modification litigieuse d'une décision du juge matrimonial, qui relève de la compétence exclusive du juge du divorce conformément à l'art. 134 al. 3 et 4 CC, à savoir du Tribunal de première instance.

Le fait que le jugement paraguayen relatif au sort des enfants émane d'une autorité de protection des enfants et non du juge du divorce n'entraîne pas, à Genève, l'incompétence du Tribunal de première instance. En effet, alors que le divorce et le sort des enfants font l'objet d'un seul et même jugement en Suisse – le jugement de divorce –, la loi paraguayenne du divorce prévoit qu'ils font l'objet de deux jugements distincts prononcés par des tribunaux différents. Dans la mesure où le jugement paraguayen relatif au sort des enfants est la conséquence directe du divorce, il peut être assimilé à un jugement accessoire au divorce, de sorte que le juge du divorce est compétent pour modifier l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde ainsi que pour fixer les relations personnelles et la contribution d'entretien.

Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal de protection s'est déclaré incompétent pour traiter de la présente cause, celle-ci relevant de la compétence du Tribunal de première instance au vu de l'objet du litige et de l'absence d'accord des deux parents. La décision querellée sera dès lors confirmée.

4. Les frais de recours seront arrêtés à 400 fr. (art. 95, 96 et 104 al. 1 CPC; art. 67B RTFMC), entièrement compensés avec l'avance de 400 fr. versée par la recourante (art. 111 al. 1 CPC) et mis à sa charge, dans la mesure où elle succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé le 5 août 2016 par A_____ contre la décision DTAE/3412/2016 du 5 juillet 2016 rendue par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/11385/2016-6.

Au fond :

Le rejette et confirme la décision entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 400 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais versée par celle-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI juges; Madame Carmen FRAGA, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral - 1000 Lausanne 14.