



POUVOIR JUDICIAIRE

C/17570/2009-CS

DAS/141/2014

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU LUNDI 11 AOÛT 2014

Recours (C/17570/2009-CS) formé en date du 16 mai 2014 par **Madame A_____**, actuellement domiciliée en France, comparant par Me Michel CELI VEGAS, avocat, en l'Etude duquel elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du _____ à :

- **Madame A_____**
c/o Me Michel CELI VEGAS, avocat
Rue du Cendrier 12-14, case postale 1207, 1211 Genève 1.
 - **Monsieur B_____**
c/o Me Corinne NERFIN, avocate
Rue de Versonnex 7, 1207 Genève.
 - **Mesdames C_____ et D_____**
SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS
Case postale 75, 1211 Genève 8.
 - **TRIBUNAL DE PROTECTION DE L'ADULTE
ET DE L'ENFANT.**
-

EN FAIT

- A. E_____ est né le _____ 2007 à _____ (Emirats Arabes Unis), de l'union de B_____, né le _____ 1971 à _____ (Etats-Unis), ressortissant des Etats-Unis d'Amérique, et A_____, née le _____ 1974 à _____ (Equateur), ressortissante d'Equateur.

Par jugement du 20 février 2013, prononcé d'accord entre les parties, le Tribunal de première instance a dissous par le divorce le mariage contracté par B_____ et A_____, le _____ 2005 à _____ (Etats-Unis). L'autorité parentale et la garde sur l'enfant ont été attribués à A_____, moyennant un droit de visite de B_____ sur son fils d'un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin et de la moitié des vacances scolaires, sauf accord contraire des parties.

L'exercice de ce droit de visite a fait l'objet de difficultés et en particulier, d'entraves de la part de la mère de l'enfant.

Une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles a été mise sur pied. Ordre avait été donné à A_____ de remettre à la curatrice le passeport américain de l'enfant ainsi que son permis B ou tout document attestant de la perte de celui-ci et sa carte d'identité.

- B. Par ordonnance du 17 septembre 2013, statuant sur mesures provisionnelles, le Tribunal de protection a fait instruction à A_____ de remettre à la curatrice d'organisation et de surveillance des relations personnelles le passeport et le permis B de E_____ afin qu'il puisse voyager avec son père, B_____. Cette décision, déclarée exécutoire nonobstant recours, a fait l'objet d'un recours de A_____, déclaré sans objet par arrêt du 11 juin 2014 de la Cour de justice.
- C. Par ordonnance du 8 avril 2014, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, statuant sur le fond d'une demande de modification du jugement de divorce de B_____ relativement aux relations personnelles avec l'enfant, a confirmé le droit de visite et ses modalités instaurés entre B_____ et le mineur E_____ par jugement du Tribunal civil du 20 février 2013 (ch. 1 du dispositif), confirmé le calendrier du droit de visite établi par le Service de protection des mineurs pour l'année scolaire 2013-2014 (ch. 2), ordonné à A_____ de respecter ledit calendrier (ch. 3), ordonné à A_____ de remettre à la curatrice d'organisation et de surveillance des relations personnelles le passeport américain de l'enfant ainsi que son permis B ou tout autre document attestant de la perte de celui-ci et sa carte d'identité, la curatrice ayant la mission de remettre les documents nécessaires aux parents qui souhaitent voyager avec l'enfant moyennant conditions (ch. 4 et 5), rappelé à A_____ qu'elle avait le devoir de favoriser la relation de E_____ avec B_____ (ch. 6), invité le Service de protection des mineurs à établir un préavis quant à la nécessité d'instaurer une mesure de curatelle d'assistance

éducative ou toute autre mesure de protection (ch. 7), ce sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, l'ordonnance étant exécutoire nonobstant recours (ch. 8 et 9).

Le Tribunal de protection retenait en substance que, bien que A_____ avait annoncé son départ et celui de son enfant à l'Office cantonal de la population en février 2014 pour l'Equateur et bien que dans les faits, celle-ci réside avec son enfant en France depuis deux ans chez son nouveau compagnon, père de son enfant à naître, le domicile qui était celui qu'elle avait précédemment à _____ pouvait être considéré comme suffisant pour maintenir le for à Genève et la compétence des autorités de protection genevoises. Pour le surplus, le jugement du Tribunal civil du 20 février 2013 étant définitif et exécutoire, la teneur du droit de visite et les modalités prévues par celui-ci étaient en force, aucune circonstance ne justifiant de les modifier. Le Tribunal de protection relevait en outre qu'il était nécessaire que des mesures d'exécution des décisions antérieures soient prises, vu l'attitude de la mère de l'enfant.

La décision du Tribunal de protection a été communiquée le 11 avril 2014 pour notification aux parties. Elle a été notifiée le 16 avril 2014 à la recourante.

- D.** Par mémoire expédié le 16 mai 2014 à l'adresse de la Cour de justice, A_____ exerce un recours contre l'ordonnance en question. Elle conclut à son annulation sous suite de frais et dépens. Préalablement, elle conclut à la suspension de l'exécution de l'ordonnance. En substance, elle fait grief au Tribunal de protection de s'être déclaré compétent alors que l'enfant et elle-même auraient quitté la Suisse pour l'Equateur en février 2014 déjà.

Par réponse du 21 mai 2014, le président de la Chambre de surveillance de la Cour a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif.

Quant au Tribunal de protection, il a persisté dans sa décision par courrier du 5 juin 2014 à l'adresse de la Chambre de surveillance.

Par réponse du 4 juillet 2014, B_____ a conclu au déboutement de A_____ de ses conclusions. Préalablement, il a conclu à ce que l'appelante complète son recours "s'agissant de sa recevabilité ratione temporis preuves à l'appui" et à ce que soit ordonné l'apport de la procédure de demande "d'assistance juridique" déposée par A_____. Il conclut à ce que la compétence des autorités genevoises soit confirmée, soulevant le fait que ni la recourante ni l'enfant ne se sont constitués un nouveau domicile officiel et que dès lors, l'ancien domicile à Genève doit être considéré comme un domicile fictif permettant le maintien du for.

- E.** Le départ de la recourante et de l'enfant a été annoncé par elle-même à l'Office cantonal de la population pour le _____ février 2014 à destination de l'Equateur.

La recourante a en outre produit copie d'un "certificado de residencia" la concernant, non traduit et portant la date du 14 mars 2014, émanant du Ministère de l'intérieur de l'Equateur.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté le 16 mai 2014 contre une ordonnance du Tribunal de protection datée du 8 avril 2014, mais notifiée le 16 avril 2014 à la recourante par case postale. Il est donc déposé auprès de l'autorité compétente (art. 53 al. 1 LaCC) dans les délai et forme utiles (art. 450 al. 3, 450a al. 1 et 450 b al. 1 CC applicable par renvoi de l'art. 314 al. 1; art. 53 al. 2 LaCC) par une personne disposant de la qualité pour recourir (art. 450 al. 2 ch. 1 CC) contre une décision rendue par le Tribunal de protection en matière de relations personnelles (art. 450 al. 1 CC). Le recours est dès lors recevable.

L'intimé conclut préalablement à l'apport à la présente procédure de la procédure de demande d'assistance "juridique" déposée par A_____. Cette conclusion n'étant pas motivée, elle sera déclarée irrecevable.

2. La recourante conteste, en substance, la compétence des autorités suisses pour fixer les modalités des relations personnelles du père avec l'enfant. Elle fait valoir que tant l'enfant qu'elle-même ont quitté la Suisse pour l'Equateur en février 2014, de sorte que cette compétence n'existe plus. Elle expose devoir "rester en France" du fait de sa grossesse, mais avoir la volonté de s'établir en Equateur.

2.1 A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies, en matière de protection des mineurs, par la Convention de La Haye de 1996 (CLaH96). Ayant pour objet les mesures tendant à la protection de la personne et des biens de l'enfant, cette convention régit l'attribution de l'autorité parentale, le règlement de la garde et les relations personnelles ainsi que l'instauration d'une curatelle (art. 1 et 3 CLaH96; cf. ATF 132 III 586 consid. 2.2.1). Avant son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, le droit international suisse renvoyait, pour cette matière, à la CLaH61. D'ailleurs, cette dernière continue à s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH96, mais seulement pour autant que ces Etats soient parties à la CLaH61 ou l'aient ratifiée (art. 19 et ss CLaH61 et art. 11 et ss de la Convention de Vienne du 23 mai 1996 sur le droit des traités).

2.2 Dans le cas d'espèce, tant la Suisse que l'Equateur et la France ont ratifié la convention CLaH96, de sorte qu'elle s'applique dans les relations entre la Suisse et ces Etats.

2.3 L'art. 5 al. 1 CLaH96 consacre le principe de la compétence des autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant. Par ailleurs, selon l'art. 2

de la même disposition, en cas de changement de la résidence habituelle, cette compétence revient aux autorités de l'Etat de la nouvelle résidence.

Selon la jurisprudence et la doctrine, la compétence suisse du lieu de résidence antérieur du mineur ne cesse pas lorsque la nouvelle résidence habituelle se trouve dans un Etat non contractant. Dans cette hypothèse, le principe de la *perpetuatio fori* l'emporte (notamment ATF 123 III 411 et réf. cit.). Tel n'est pas le cas en l'espèce au vu de ce qui précède.

Le principe, au regard de la Convention, étant la compétence de l'Etat de la nouvelle résidence en cas de changement de résidence habituelle, reste à savoir si, dans le cas présent, la résidence habituelle de l'enfant a changé. L'autorité précédente s'est déclarée compétente au motif qu'en l'absence de constitution d'un nouveau domicile, le domicile antérieur à _____ de la mère et de l'enfant devait être considéré comme un domicile fictif permettant le maintien du for à Genève.

- 3.** **3.1** La recourante fait grief au Tribunal de protection de s'être fondé sur la notion interne de domicile pour examiner sa compétence. Selon l'art. 23 al. 1 CC, le domicile volontaire est le lieu où une personne réside avec l'intention de s'y établir. Cette disposition fait donc dépendre la constitution du domicile de deux conditions : d'une part, la résidence, soit un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création, en ce lieu, de rapports étroits et, d'autre part, l'intention de se fixer pour une certaine durée au lieu de sa résidence, intention qui doit être reconnaissable pour les tiers et donc ressortir des circonstances extérieures et objectives. Cette intention implique la volonté manifestée de faire d'un lieu le centre de ses relations personnelles et professionnelles. Les art. 23 et ss CC obéissent au principe de la nécessité du domicile : toute personne doit nécessairement avoir un domicile civil. C'est pourquoi l'art. 24 CC établit des règles subsidiaires qui permettent de déterminer un domicile fictif en l'absence d'un domicile volontaire ou légal. L'une de ces règles est que l'intéressé est censé conserver son ancien domicile jusqu'à ce qu'il en ait acquis un nouveau (art. 24 al. 1 CC, ATF 2C_478 2008 consid. 3.4).

3.2 Comme mentionné précédemment, tant la CLaH96 que la CLaH61 stipulent toutefois que la compétence des autorités de protection est celle de la résidence habituelle de l'enfant et non celle de son domicile. La notion de résidence habituelle doit être interprétée conformément au but et à l'esprit du traité; on peut 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. La notion de résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et ne peut pas être simplement déduite de la situation du parent investi de la garde ou de l'autorité parentale; il n'en demeure pas moins que la résidence habituelle d'un jeune enfant

coïncide le plus souvent avec le centre de vie du parent qui en a la charge (arrêt 5A_427/2009 consid. 3.2). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour si elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêt (arrêt 5A_665/2010 consid. 4.1). Pour déterminer l'existence d'une résidence habituelle, ce n'est donc pas la durée de la présence dans un endroit donné qui est décisive, mais la perspective d'une telle durée. En matière de protection des mineurs, la notion de résidence habituelle repose sur une situation de fait. 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 (arrêt 5A_440/2011 consid. 2.2).

D'autre part, le titulaire unique du droit de garde peut, sous réserve de l'abus de droit, par exemple s'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et l'autre parent, déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, le droit de visite devant alors être adapté en conséquence. En cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité tutélaire, respectivement le juge des mesures protectrices ou provisoires, peut toutefois interdire le départ à l'étranger en se fondant sur l'art. 307 al. 3 CC. Si tel n'est pas le cas, le parent seul titulaire du droit de garde ne se rend coupable d'aucune infraction en s'installant à l'étranger (ATF 136 III 353).

3.3 Il ressort des principes développés ci-dessus que le fait, par ailleurs sans doute constitutif d'un abus de droit, que la recourante estime avoir transféré son domicile et celui de son enfant en Equateur n'est d'aucune pertinence pour déterminer la compétence des autorités à même de statuer sur les mesures de protection ou l'exercice des relations personnelles. Il apparaît en effet clairement du dossier, d'une part, que la recourante, quand bien même elle fournit des attestations de domicile en Equateur, n'y réside pas, pas plus que l'enfant. Il apparaît, d'autre part, que la recourante est enceinte de son nouveau compagnon, lequel est résident en France et qu'il est pour le moins spécieux de soutenir, au vu de ces circonstances, alors qu'il ne ressort en rien du dossier que son compagnon serait susceptible de s'y rendre également, qu'elle souhaiterait rentrer dans son pays d'origine pour s'y établir.

Cela étant, il ressort également de la procédure, et notamment tant de la décision querellée que des écritures de recours, que la recourante réside avec l'enfant dont elle a la garde, objet de la procédure, depuis deux ans auprès de son compagnon, dont elle est enceinte, en France, de sorte qu'il doit être retenu par la Cour de céans que la résidence habituelle de l'enfant, dont l'âge implique qu'elle est celle du parent titulaire de la garde, se trouve dans ce dernier pays.

Il en découle que les autorités de protection françaises sont compétentes au sens des dispositions de la CLaH96 mentionnées plus haut, ratifiée tant par la Suisse

que par la France, de sorte que le Tribunal de protection n'était plus compétent pour prononcer l'ordonnance querellée. Il lui appartiendra dès lors, de concert avec le Service de protection des mineurs, de transmettre le dossier aux autorités françaises, de manière à ce que celles-ci puissent prendre les mesures adéquates pour que les relations personnelles entre l'enfant et son père soient effectives et sans entrave.

Si certes, comme relevé plus haut, le seul but des démarches de A_____ de domiciliation en Equateur était de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et son père, ce qui est sans doute constitutif d'un abus de droit, tel n'est pas le cas du changement de résidence habituelle de l'enfant de Suisse en France, puisque cette résidence en France, admise par tous, existe depuis deux années déjà.

4. La procédure n'est pas gratuite en matière de relations personnelles, de sorte que les frais seront mis à la charge de B_____, qui succombe, et seront arrêtés à 300 fr. (art. 67B RTFMC).

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre l'ordonnance DTAE/1806/2014 rendue le 8 avril 2014 par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/17570/2009-6.

Au fond :

L'admet et annule l'ordonnance querellée.

Sur les frais :

Arrête les frais à 300 fr. et les met à la charge de B_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Jean-Marc STRUBIN et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Carmen FRAGA, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Carmen FRAGA

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.