



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21206/2018

DAS/23/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 24 JANVIER 2019

Requête (C/21206/2018) en retour des **enfants A_____**, né le _____ 2008 et de **B_____** né le _____ 2015, formée en date du 19 septembre 2018 par **Monsieur C_____**, domicilié _____ (France), comparant par Me Raffaella MEAKIN, avocate, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

* * * * *

Décision communiqué par plis recommandés du greffier
du **29 janvier 2019** à :

- **Monsieur C_____**
c/o Me Raffaella MEAKIN, avocate
Boulevard Helvétique 36, 1207 Genève.
 - **Madame D_____**
c/o Me Sonia RYSER, avocate
Rue de Jargonnant 2, Case postale 6045, 1211 Genève 6.
 - **Madame E_____**, **curatrice de représentation**
_____ Genève.
 - **Madame F_____**
Monsieur G_____
SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS
Case postale 75, 1211 Genève 8.
-

- **AUTORITÉ CENTRALE FÉDÉRALE**
Office fédéral de la justice
Bundesrain 20, 3003 Berne.

EN FAIT

- A.** En date du 19 septembre 2018, C _____ a fait parvenir au greffe de la Cour de justice une requête en vue de retour immédiat des enfants fondée sur la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; RS 0.211.230.02). Il concluait à l'ordonnance du retour immédiat des enfants "auprès de leur résidence habituelle", à _____ en France. Il sollicitait préalablement le dépôt des documents d'identité des enfants en main de l'autorité et à ce qu'il soit fait interdiction à son épouse et aux enfants de quitter la Suisse jusqu'à droit jugé.

En substance, il expose être marié à D _____ depuis 2014 et avoir entretenu une relation avec elle antérieurement, de laquelle sont nés les enfants A _____ le _____ 2008 et B _____ le _____ 2015. Père et mère travaillent à Genève. La famille était résidente à _____ (France) avant que lui-même ne quitte ce domicile en mai 2018 pour aller résider chez sa nouvelle compagne à Genève, son épouse et les enfants étant restés en France jusqu'à ce que celle-ci décide de quitter cette résidence pour s'établir à Genève avec les enfants en été 2018, sans son accord. Il avait, depuis ce départ, réintégré la résidence française où il souhaite que les enfants puissent revenir. Il est titulaire des droits parentaux et les exerçait effectivement avant son propre départ pour Genève. Depuis lors, il s'est vu empêché d'avoir des relations personnelles avec ses enfants par l'intimée.

- B.** Par arrêt du 25 septembre 2018, la Cour a déclaré la requête irrecevable d'entrée de cause, toutes les parties étant résidentes en Suisse, la Convention invoquée étant inapplicable.

Le Tribunal fédéral considérant néanmoins que la cause devait être instruite l'a retournée à la Cour le 6 novembre 2018.

- C.** Par décision du 19 novembre 2018, la Cour a désigné un curateur aux enfants, ordonné l'audition de l'aîné par un service spécialisé et imparti aux parties des délais pour s'exprimer.

Par courrier du 6 décembre 2018, le Service de protection des mineurs a rendu compte à la Cour de l'audition de l'aîné des enfants né en 2008 dont il ressort qu'il est scolarisé à l'Ecole H _____ en filière bilingue et exerce diverses activités extrascolaires à Genève. Il dit avoir peur des réactions de son père et vivre à Genève.

- D.** En date du 10 décembre 2018, D _____, mère des enfants, a répondu à la requête concluant à son irrecevabilité, subsidiairement à son rejet. Elle soutient en substance que, toutes les parties étant domiciliées en Suisse, la requête est irrecevable. Elle l'est également du fait que le demandeur n'exerce pas ses droits aux relations personnelles sur ses enfants. Le cas échéant, elle doit être rejetée car

tous les centres d'intérêts des enfants sont en Suisse, leur intérêt supérieur interdisant d'ordonner un retour dans un lieu qui ne leur servait que de résidence secondaire et de détente alors que le demandeur est lui-même domicilié en Suisse.

Par détermination du 10 décembre 2018, la curatrice des enfants a conclu, en tant que la requête serait recevable, au rejet de celle-ci et au non-retour des enfants. En substance, elle relève que la requête est contraire au but de la Convention internationale sur laquelle elle prétend se fonder, celle-ci étant utilisée abusivement pour des fins non visées par elle. En tout état, si la Convention devait néanmoins trouver application dans un cas comme celui-ci, bien que le lieu de résidence habituelle des enfants soit difficile à déterminer, l'intérêt supérieur des enfants, l'absence d'intérêt à la demande du requérant et les centres d'intérêts prépondérants en Suisse des enfants depuis toujours doivent conduire au rejet de la requête.

Par réplique du 24 décembre 2018, le requérant a persisté dans ses conclusions initiales.

- E.** La Cour a procédé à l'audition des parties et de la curatrice des enfants lors de son audience du 16 janvier 2018. Les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. La curatrice des enfants a persisté dans les siennes, exposant ne pas comprendre le but de la requête, la Convention étant utilisée contrairement à sa finalité.

Le requérant a déclaré souhaiter pouvoir revoir ses enfants. Il souhaitait que ceux-ci puissent retrouver leur maison, dans laquelle il habite à nouveau. La famille avait toujours vécu dans celle-ci malgré l'adresse officielle conservée à Genève, jusqu'à la séparation des parties. Il s'était alors installé à Genève chez sa nouvelle compagne, jusqu'à sa réintégration de la maison de _____ à la fin de l'été 2018. L'aîné des enfants avait des activités sportives régulières dans le canton de Vaud et en France (ski). Lui-même s'est toujours occupé de ses enfants avant la séparation. Il ne voyage professionnellement que 25% de son temps au maximum.

La citée a déclaré vivre à Genève depuis l'an 2000 et avoir récemment déménagé avec les enfants à _____, dans une maison dont elle est propriétaire. La maison en France avait été achetée peu après la naissance de l'aîné des enfants. Le centre de vie de la famille que ce soit pour les parents ou les enfants est à Genève, respectivement en Suisse. Les enfants ont toujours été scolarisés en Suisse. Ni les enfants ni les parents n'ont d'amis à _____. Le requérant voyage la plupart du temps (70%). En vue de sociabiliser le cadet des enfants, une maman de jour avait été engagée pendant quelques mois à raison d'un jour par semaine à _____ à proximité de la maison des parties.

- F.** Les parties ont déposé à la procédure plus de 200 pièces à l'appui de leurs conclusions qui seront examinées ci-dessous dans la mesure utile.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 7 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfant et les conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA, RS 211.222.32), le Tribunal supérieur du canton où l'enfant résidait au moment du dépôt de la demande connaît en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfant.

A Genève, le Tribunal supérieur du canton est la Cour de justice (art. 120 al. 1 LOJ).

1.2 Dans la mesure où les enfants résidaient au moment du dépôt de la requête et résident encore sur le territoire genevois, la requête déposée par-devant la Cour est de ce point de vue recevable.

1.3 Le tribunal compétent statue selon une procédure sommaire (art. 8 al. 2 LF-EEA).

2. **2.1.1** La Suisse et la France ont toutes deux ratifié la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant (CLaH80; RS 0.211.230.02; ci-après : la Convention). A teneur de l'art. 4 de cette Convention, celle-ci s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte au droit de garde ou de visite.

L'ordonnance du retour de l'enfant suppose que le déplacement ou le non-retour soit illicite. Selon l'art. 3 al. 1 let. a CLaH80, tel est le cas lorsque celui-ci a lieu en violation d'un droit de garde attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. L'alinéa 2 de cette norme précise que le droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat. Pour déterminer le ou les parents titulaires du droit de garde, qui comprend en particulier celui de décider du lieu de résidence de l'enfant (art. 5 let. a CLaH80), il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement. Ce moment est également déterminant pour juger de l'illicéité du déplacement (arrêt du Tribunal fédéral 5A_884/2013 consid. 4.2.1 et la référence citée).

La décision sur la garde de l'enfant revenant au juge du fond de l'Etat requérant, le juge de l'Etat requis n'a pas à effectuer un quelconque pronostic à cet égard ; la procédure prévue par la CLaH80 a uniquement pour objet d'examiner les conditions auxquelles est subordonné le retour selon cette convention de façon à permettre une décision future sur l'attribution de la garde par le juge du fond (arrêt du Tribunal fédéral 5A_884/2013, op. cit.).

En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a, 3 et 12 CLaH80) à moins qu'une exception prévue à l'art. 13 CLaH80 ne soit réalisée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2014 consid. 6.1).

L'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave, que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de tout autre manière ne le place dans une situation intolérable. Lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le Tribunal doit ainsi veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé. Il résulte de ce qui précède que seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur le point de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui ; la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos, étant précisé que cette décision sera prise par la juridiction du lieu où se trouvait la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement illicite (arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2014 consid. 6.2.1). D'autre part, comme déjà rappelé plus haut (cf. consid. 3.2), les exceptions au retour doivent recevoir une application restrictive. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs récemment verrouillé à un tel point l'application de cette disposition, que l'on peut sérieusement se poser la question de sa portée actuelle, allant jusqu'à affirmer que le placement d'enfants de 3 et 5 ans en foyer du fait de l'incapacité du parent requérant à s'en occuper "n'expose pas les mineurs à un danger grave pour leur développement"...(arrêt du Tribunal fédéral 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, consid.6.3.2; critique virulente de la doctrine *in* Zeitschrift für Weiterbildung und Praxis, 2017, p.137 et *in* Swiss Review of International and European Law, 2017 p.227).

2.1.2 Le préambule de la Convention stipule ce qui suit : "*Les Etats signataires de la présente, profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde, désirant protéger l'enfant sur le plan international contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite, ont résolu de conclure une convention à cet effet (...)*".

Le principe cardinal poursuivi par la Convention est celui de l'intérêt de l'enfant dans le cadre des relations personnelles avec ses parents.

La Convention a pour but de protéger le droit de l'enfant au respect de son équilibre vital, soit à ne pas voir altérées ses conditions affectives et sociales. Le maintien des rapports familiaux aussi complets que possible sera alors privilégié par souci de garantir à l'enfant un développement équilibré de sa personnalité

(Rapport explicatif CLaH 80, conférence de la Haye de droit international privé, 1981, § 26 et 72).

Telle est sa finalité.

2.1.3 Selon l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Cette disposition fait partie de l'ordre public suisse positif directement applicable (ATF 128 III 201, c.1c). La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste (ATF 134 III 52 c.2.1). L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas. L'emploi du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (p. ex. ATF 129III 493 c.5.1; ATF 127 III 357 c.4c/bb).

2.2 En l'espèce, la requête sort du champ d'application de la Convention et est par conséquent irrecevable. Elle est pour le surplus clairement constitutive d'un abus de droit de sorte qu'elle devrait quoiqu'il en soit être rejetée.

Eu égard à l'état de fait soumis à la Cour, force est d'admettre que le requérant utilise l'institution sur laquelle il fonde sa requête contrairement à son but et que l'intérêt qu'il poursuit va à l'encontre de la finalité de la Convention telle que rappelée plus haut.

En effet, il ressort de la procédure que les membres de la famille, parents et enfants, ont mené leur existence entre la Suisse et la France immédiatement frontalière depuis la naissance des enfants concernés. Ceux-ci, scolarisés en Suisse dès la crèche ont exercé diverses activités parascolaires tant en Suisse qu'en France frontalière de sorte que leur centre de vie est à cheval sur la frontière. Le domicile des enfants comme celui des parents a toujours été en Suisse à teneur des registres cantonaux depuis la naissance des enfants, seul le requérant ayant opportunément quitté la Suisse pour _____ à mi-septembre 2018. Comme la curatrice des enfants pour la procédure l'a justement relevé, les enfants ont sans doute passé du temps tant de l'un que de l'autre côté de la frontière, les époux étant propriétaires de biens immobiliers des deux côtés de celle-ci.

La Cour se refuse à procéder à une application mécanique de la Convention, sans tenir compte de sa finalité, telle qu'opérée par le Tribunal fédéral en cette matière selon *"les canons usuels, répétés d'arrêt en arrêt sans nouvelle réflexion"* où la *"longueur des arrêts n'équivaut pas à la justice rendue, bien au contraire"*, le Tribunal fédéral *"ne s'intéressant pas à l'intérêt supérieur des enfants"* au point qu'il *"est difficile de rester impassible devant l'injustice, en particulier lorsque l'atteinte est portée à des enfants qui devraient être les premiers à se sentir protégés dans un Etat de droit"* (BUCHER, Swiss Review of International and

European Law, 2017 p. 227 ss). Ces critiques sévères de la doctrine à l'encontre de l'application mécanique faite par le Tribunal fédéral de la Convention, mettant complètement de côté l'intérêt supérieur de l'enfant, ont été répétée récemment in Zeitschrift für Weiterbildung und Praxis, 2017, p.107.

La Cour fait sien l'avis de la doctrine sur ce point.

Quoiqu'il en soit et sans avoir besoin de déterminer dans le cas d'espèce artificiellement un lieu de résidence habituelle des enfants, force est de constater qu'en l'état, si le requérant ne peut exercer son droit de visite sur les enfants, cela n'est en rien dû au fait que leur lieu de résidence aurait changé (dans le même pays ou d'un pays à un autre), mais du fait des tensions entre les époux exclusivement. Or, dans cette mesure, un éventuel déplacement de résidence n'aurait aucune incidence sur la capacité du requérant à exercer son droit aux relations personnelles sur ses enfants, ceux-ci se trouvant de fait exactement à équidistance entre le lieu de son activité professionnelle (à Genève) et le lieu où il souhaite que leur résidence habituelle soit reconnue. L'on relève par ailleurs qu'aux dires non contestés de l'épouse, les enfants sont actuellement résidents à _____ dans une propriété des parties de sorte que la distance entre l'actuel domicile à _____ du requérant et la résidence des enfants est de quelques kilomètres seulement. Les quelques minutes en voiture séparant ces deux lieux ne constituent en aucun cas une entrave à l'exercice des relations personnelles du requérant avec ses enfants, de sorte que la requête sort clairement du champ d'application de la Convention, comme l'avait d'ores-et-déjà retenu la Cour dans son arrêt précédent dans la présente cause.

3. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, la France a déclaré qu'elle ne prendrait en charge les frais visés à l'al. 2 de l'art. 26 que dans la mesure où les coûts peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111), de sorte que la procédure n'est pas gratuite (arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2014 consid. 7; arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 consid. 9).

Dès lors, les frais judiciaires arrêtés à 10'000,- fr., dont font partie les frais de représentation de l'enfant par 9'000,- fr. (arrêt du Tribunal fédéral 5A_346/2012 consid. 6; arrêt du Tribunal fédéral 5A_840/2011 consid. 6) seront mis à la charge du requérant qui succombe.

Le présent arrêt sera notifié, outre aux parties, à l'autorité centrale fédérale, conformément à l'art. 8 al. 3 LF-EEA, à charge pour celle-ci d'en informer les autorités compétentes.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Déclare irrecevable, subsidiairement rejette, la requête en retour des enfants A_____ et B_____, nés respectivement le _____ 2008 et le _____ 2015 par C_____ le 19 septembre 2018.

Arrête les frais de la procédure, comprenant les frais de curateur des enfants en 9'000 fr, à 10'000 fr.

Les met à la charge de C_____.

Le condamne en conséquence à payer la somme de 9'000 fr., à E_____, curatrice, et 1'000 fr, à l'Etat de Genève.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Paola CAMPOMAGNANI, Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Jessica QUINODOZ, 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), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 2 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.