REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21591/2018-CS **DAS/163/2022**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU LUNDI 25 JUILLET 2022

Recours (C/21591/2018-CS) formé en date du 23 mai 2022 par **Madame A_____**, domiciliée _____ (Allemagne), comparant par Me Cyrielle FRIEDRICH, avocate, en l'Etude de laquelle elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **29 juillet 2022** à :

- **Madame A_____**
  c/o Me Cyrielle FRIEDRICH, avocate.
  Rue de la Fontaine 7, 1204 Genève.

- **Monsieur B_____**
  c/o Me Stéphanie FRANCISOZ GUIMARAES, avocate.
  Boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève.

- **Madame C_____**
  Monsieur 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. **a)** Par jugement JTPI/4586/2019 du 26 mars 2019, le Tribunal de première instance a notamment donné acte à A_____, née le _____ 1986 et à B_____, né le _____ 1980, tous deux de nationalité française, de ce qu'ils vivaient séparément depuis le mois de janvier, maintenu l'autorité parentale conjointe sur l'enfant E_____, né le _____ 2011, attribué à B_____ la garde de l'enfant et réservé à la mère un droit de visite devant se dérouler selon les modalités suivantes: un week-end sur deux, à raison de 1h30, dans le cadre de la prestation "accueil" du Point rencontre; puis, sauf avis contraire de la curatrice, dès avril 2019, un week-end sur deux, une journée, dans le cadre de la prestation "passages" du Point rencontre; puis, sauf avis contraire de la curatrice, dès juillet 2019, un week-end sur deux du samedi matin au dimanche après-midi, en Suisse (chiffre 4 du dispositif), maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, donné acte aux parties de leur accord d'entreprendre un suivi psychologique régulier pour E_____ auprès de l'Office médico-pédagogique, invité A_____ à entreprendre, respectivement poursuivre durablement, un suivi psychiatrique et exhorté les parties à entreprendre une thérapie familiale.

b) Par arrêt ACJC/1307/2019 du 30 août 2019, la Cour de justice a notamment annulé le chiffre 4 du dispositif du jugement du 26 mars 2019 et a réservé à A_____ un droit de visite sur son fils E_____ devant s'exercer exclusivement sur le territoire suisse et selon les modalités suivantes : jusqu'au 30 novembre 2019, à raison d'une journée un week-end sur deux, dans le respect des horaires fixés par la curatrice dans son calendrier décisionnel du 22 juillet 2018, l'enfant devant être pris en charge et raccompagné au Point rencontre ; dès le 1er septembre 2019, à raison d'un week-end sur deux du samedi matin au dimanche après-midi, dans le respect des horaires convenus entre les parties, ou à défaut, fixés par la curatrice, l'enfant devant être pris en charge et raccompagné au Point rencontre.

Au moment du prononcé de cet arrêt, A_____ était domiciliée en Allemagne, alors que le père et l'enfant vivaient à Genève. A_____ se plaignait de ne pouvoir exercer son droit de visite que sur territoire suisse, alors qu'elle disposait d'une résidence à F_____ (France), où elle aurait pu accueillir son fils. La Cour avait toutefois relevé que A_____ n'avait pas hésité, par le passé, soit en 2013, à quitter la Suisse pour l'Allemagne avec son fils, sans en avoir préalablement informé le père.

c) Dans un rapport du 2 avril 2020, le Service de protection des mineurs relevait que le droit de visite de la mère se déroulait bien. Par contre, le comportement du mineur à l'école était préoccupant. L'enfant avait tenu des propos suicidaires et

indiqué à son enseignante qu'il souffrait du conflit entre ses parents ; il était suivi par une thérapeute.

d) Par ordonnance du 6 février 2020 rendue sur mesures superprovisionnelles, le Tribunal de protection, sur requête de A_____ du 24 janvier 2020, a fait interdiction à B_____ de modifier le lieu de résidence du mineur E_____, notamment en déménageant avec lui en France sans l'accord préalable du Tribunal de protection et a limité son autorité parentale en conséquence.

Il ressort toutefois des déclarations de B_____ que celui-ci avait emménagé à G_____ (France) le 1er février 2020 avec le mineur E_____. Il a toutefois conservé officiellement son ancienne adresse à Genève.

Par ordonnance du 30 novembre 2020 rendue au fond, le Tribunal de protection s'est déclaré compétent pour statuer sur la requête formée par A_____ le 24 janvier 2020, a constaté que B_____ avait modifié le lieu de résidence de l'enfant E_____ sans l'autorisation de A_____ et du Tribunal de protection, maintenu l'interdiction qui lui avait été faite de modifier le lieu de résidence de l'enfant, notamment en déménageant avec lui en France, maintenu les modalités des relations personnelles entre le mineur et sa mère telles que fixées par la Cour de justice dans son arrêt du 30 août 2019 et invité les curateurs à lui adresser un rapport de situation et un préavis portant sur l'élargissement des relations personnelles entre le mineur et sa mère. Dans cette décision, le Tribunal de protection a considéré qu'il avait été saisi de la requête de A_____ le 24 janvier 2020, soit avant le déménagement litigieux, de sorte qu'il était compétent pour statuer.

e) Il est établi et non contesté que depuis le 1er février 2020, le père et l'enfant sont demeurés à G_____, le mineur continuant d'être scolarisé dans le canton de Genève.

Le droit de visite de la mère n'a pas toujours pu être exercé régulièrement, le père n'ayant, à plusieurs reprises, pas présenté l'enfant, de sorte que la procédure pendante devant le Tribunal de protection s'est poursuivie.

f) Par ordonnance du 4 mai 2021, le Tribunal de protection a modifié le droit aux relations personnelles entre A_____ et son fils tel que fixé par l'arrêt de la Cour du 30 août 2019, le fixant comme suit, sur territoire suisse: un week-end sur deux du samedi matin au dimanche après-midi avec passage de l'enfant au Point rencontre ; deux semaines non consécutives lors des vacances scolaires d'été 2021, des petites vacances d'octobre 2021 ou de février 2022 et de la moitié des vacances scolaires de Noël 2021 et de Pâques 2022. Le Tribunal de protection a par ailleurs et notamment maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, exhorté les parents à entreprendre une thérapie familiale auprès de la structure spécialisée H_____ et a assorti la décision, en

tant qu'elle concernait le droit de visite, de la menace de la peine de l'art. 292 CP, dont la teneur a été rappelée.

g) Les relations entre les parties sont demeurées conflictuelles et empreintes de méfiance. Elles se sont notamment opposées concernant l'inscription du mineur E_____ au sein de [l'école privée] I_____, B_____ ayant saisi le Tribunal de protection d'une requête sur ce point.

h) Le Tribunal de protection a tenu une audience le 22 mars 2022.

B_____ a déclaré avoir déposé une demande de divorce devant les tribunaux français.

Les deux parents ont indiqué accepter qu'une expertise familiale soit effectuée.

A_____ a rapporté les propos de son fils, lequel avait indiqué qu'il ne voulait la voir que durant le week-end et en Suisse. Elle a sollicité la levée de l'interdiction d'exercer son droit de visite ailleurs qu'en Suisse, indiquant avoir une amie domiciliée à F_____ (France). Elle aurait également souhaité que son fils puisse venir chez elle en Allemagne.

Au terme de l'audience, la cause a été gardée à juger.

B. Par ordonnance DTAE/2913/2022 du 22 mars 2022, le Tribunal de protection, statuant sur mesures provisionnelles, a réservé à A_____ un droit aux relations personnelles avec le mineur E_____ devant s'exercer un week-end sur deux, du samedi matin au dimanche après-midi, avec passage de l'enfant au Point rencontre, durant deux semaines non consécutives lors des vacances scolaires d'été, durant les petites vacances d'octobre ou de février et durant la moitié des vacances scolaires de Noël et de Pâques, étant précisé que la précitée sera uniquement autorisée à quitter le territoire suisse lors de l'exercice de son droit de visite durant le week-end (chiffre 1 du dispositif), et dit que, durant les temps de vacances, un échange téléphonique aura lieu entre le mineur et chacun de ses parents n'en ayant pas la garde à ce moment-là, à raison d'une fois par semaine, à savoir le mercredi à 18h00 (ch. 2). Le Tribunal de protection a par ailleurs, statuant au fond, autorisé l'inscription du mineur au sein de [l'école privée] I_____ dès la rentrée scolaire 2022/2023 aux conditions que ce dernier ait effectué quelques jours d'essai au sein de l'établissement précité durant l'année scolaire en cours et que le degré qu'il intègre corresponde à son niveau scolaire, de manière objectivée par une évaluation (ch. 3), donné acte au père de ce qu'il assumera le coût de l'écolage correspondant, sauf accord contraire avec la mère (ch. 4), donné acte aux deux parents du suivi thérapeutique individuel du mineur (ch. 5), maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles (ch. 6), réservé la suite de la procédure à réception de l'expertise du groupe familial ordonnée par décision séparée (ch. 7), réservé le sort des frais

judiciaires s'agissant des mesures provisionnelles (ch. 8), fixé un émolument de décision de 500 fr. mis à la charge des parties à raison de la moitié chacune s'agissant du fond (ch. 9), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10) et déclaré le chiffre 3 du dispositif immédiatement exécutoire nonobstant recours (ch. 11).

S'agissant du chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance, seul contesté devant la Chambre de surveillance de la Cour de justice, le Tribunal de protection a notamment retenu que le mineur avait pu réinvestir la relation avec sa mère. Le père avait émis des craintes au sujet de l'état psychique de A_____. Toutefois, aucun élément actuel du dossier ne laissait penser que le mineur ne serait pas en sécurité avec elle, ni qu'elle présenterait un trouble susceptible d'entraver ses capacités parentales. En ce qui concernait la limitation territoriale de l'exercice du droit aux relations personnelles de la mère avec son fils, la Cour de justice l'avait considérée nécessaire dans son arrêt de 2019, en raison du départ impromptu de la concernée pour l'Allemagne avec l'enfant, survenu neuf ans plus tôt désormais. Depuis lors, A_____ avait scrupuleusement respecté le cadre fixé par chaque décision judiciaire. Dès lors, compte tenu de l'ancienneté des faits ayant justifié la limitation du droit de visite au territoire suisse et du respect de cette limitation par la mère, il n'y avait plus lieu de lui imposer d'exercer son droit de visite en Suisse, à tout le moins durant le week-end, la question de la levée de cette limitation pour les temps de vacances étant réservée jusqu'à la réalisation de l'expertise familiale ordonnée.

C. **a)** Le 23 mai 2022, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, reçue le 11 mai 2022, concluant à l'annulation du chiffre 1 *in fine* du dispositif et à ce qu'il soit dit qu'il n'existe aucun motif légal et valable de restreindre l'exercice du droit de visite durant les vacances au territoire suisse et à être par conséquent autorisée à quitter le territoire suisse lors de l'exercice du droit de visite, y compris durant les vacances.

b) Le Tribunal de protection a persisté dans les termes de l'ordonnance attaquée.

c) Le Service de protection des mineurs a relevé que deux visites avaient eu lieu hors territoire suisse les 14-15 mai et les 28-29 mai 2022, lesquelles s'étaient bien déroulées. Une autre était prévue pour les 11-12 juin 2022. Ledit service n'a, pour le surplus, pas pris position sur le recours.

d) Dans sa réponse du 13 juin 2022, B_____ a conclu au rejet du recours, avec suite de frais judiciaires et de dépens à la charge de la recourante.

e) Par avis du greffe de la Chambre de surveillance du 16 juin 2022, les parties ont été informées de ce que la cause serait mise en délibération dans un délai de 10 jours.

D. Par ordonnance du 8 juin 2022, le Tribunal de protection a ordonné une expertise familiale, qu'il a confiée au Centre universitaire romand de médecine légale.

EN DROIT

1. **1.1** Déposé dans les formes et délais prévus par la loi, le recours est recevable (art. 450 al. 3; 450b al. 1 par renvoi de l'art. 314 al. 1 CC; 53 al. 1 et 2 LaCC).

1.2 La Chambre de surveillance examine la cause librement, en fait, en droit et sous l'angle de l'opportunité (art. 450a CC). Elle établit les faits d'office et n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 446 al. 1 et 3 CC).

1.3 La Cour examine d'office sa compétence à raison du lieu et de la matière (art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC ; art. 31 LaCC).

2. **2.1** En matière de protection des enfants, 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, depuis le 1er juillet 2009, par 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 (art. 85 al. 1 LDIP). La France est également partie à cette Convention.

Il est admis que la réglementation du droit aux relations personnelles constitue une mesure de protection de l'enfant au sens des Conventions de protection des mineurs (ATF 132 III 586; arrêt du Tribunal fédéral 5A_220/2009 du 30 juin 2009 consid. 4).

L'art. 5 al. 1 de la CLaH96 consacre le principe de la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant. Sous réserve de l'art. 7, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle (art. 5 al. 2 CLaH96). La notion de résidence habituelle étant appréciée en fonction de la seule situation de fait, il est concevable qu'un enfant puisse changer de résidence habituelle même dans l'hypothèse d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. Il faut éviter, cependant, qu'en pareille situation, le changement de la résidence habituelle aboutisse à donner la compétence aux autorités de la nouvelle résidence. Le parent qui a enlevé ou retenu l'enfant ne doit pas pouvoir compter sur l'éventualité que les autorités de son pays soient saisies de la question du fond du droit de garde (BUCHER, L'enfant en droit international privé, 2003, p. 179 et 180, n.517 et 520).

A teneur de l'art. 7 al. 1 CLaH96, en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent

leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que : toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour (let. a); ou l'enfant a résidé dans cet autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (let. b). Pour connaître l'attributaire du droit de garde, il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour (ATF 133 III 694, consid. 2.1.1), c'est-à-dire tout d'abord aux règles du droit international privé de cet Etat - y compris les conventions internationales - (ATF 136 III 353 consid. 3.5), puis au droit matériel auquel il renvoie (arrêt du TF 5A_479/2012 du 13 juillet 2012).

Selon la définition qu'en donne en général la jurisprudence, la 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 de ses attaches (ATF 110 II 119 consid. 3.2 publié in FamPra.ch 2009, p.1088). En conséquence, outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial ; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_889/2011 du 23 avril 2012 consid. 4.1.2 et 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1). La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément, cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes (arrêts du Tribunal fédéral 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2, publié in SJ 2010 I, p. 193 et 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1 ; ATF 129 III 2088 consid. 4.1).

2.2 En l'espèce, la recourante vit en Allemagne depuis plusieurs années. L'intimé et le mineur E_____ ont quant à eux vécu à Genève jusqu'à la fin du mois de janvier 2020. Ils ont alors quitté le canton pour s'installer de manière durable à G_____ (France). L'intimé, titulaire au même titre que la mère de l'autorité parentale sur le mineur, n'a certes pas obtenu l'accord de cette dernière de déménager sur territoire français et n'a pas sollicité l'autorisation du Tribunal de protection. Si cette situation a pu continuer de fonder pendant un certain temps la compétence du Tribunal de protection, tel n'est plus le cas désormais. En effet, depuis le 1er février 2020, date du déménagement de l'intimé et de l'enfant en

France, la recourante n'a entrepris aucune démarche devant les juridictions françaises visant à obtenir le retour de l'enfant sur territoire suisse. Dès lors et conformément à l'art. 7 al. 1 CLaH96, il y a lieu de considérer que l'enfant a acquis une résidence habituelle à G_____ (France). Le mineur et son père y vivent en effet de manière continue depuis plus de deux ans, de sorte qu'ils y ont créé leur centre de vie ; tous deux sont par ailleurs citoyens français, tout comme la mère, et les parties plaident en divorce devant les tribunaux français. Le fait que l'intimé et l'enfant aient conservé à Genève un domicile officiel n'est pas susceptible de modifier cet état de fait, ledit domicile étant purement fictif. Or, la résidence habituelle implique avant tout la présence physique dans un lieu donné et ne saurait se fonder sur une simple adresse. Il en va de même de la fréquentation, par le mineur, d'une école dans le canton de Genève, qui ne suffit pas à elle seule à créer une résidence habituelle.

Au vu de ce qui précède, la décision attaquée sera annulée et il sera constaté que les juridictions genevoises ne sont plus compétentes pour statuer dans la présente cause. Le Tribunal de protection sera dès lors invité à mettre un terme sans délai à l'expertise du groupe familial initiée par ordonnance du 8 juin 2022 et à transmettre la procédure aux autorités compétentes françaises, étant relevé qu'il appartiendra à celles-ci, saisies de la procédure de divorce des parties, de statuer sur les relations personnelles parents-enfant.

3. Au vu de l'issue de la procédure, les frais de celle-ci seront laissés à la charge de l'Etat. La recourante ayant bénéficié de l'assistance judiciaire, il n'a été procédé à aucune avance.

Compte tenu de la nature familiale du litige, il ne sera pas alloué de dépens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre l'ordonnance DTAE/2913/2022 rendue le 22 mars 2022 par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/21591/2018.

Au fond :

Annule l'ordonnance attaquée.

Constate que les juridictions genevoises ne sont plus compétentes *ratione loci* pour statuer dans la présente cause.

Invite en conséquence le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant à mettre un terme sans délai à l'expertise du groupe familial initiée par ordonnance du 8 juin 2022 et à transmettre la procédure aux autorités compétentes françaises.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Nathalie LANDRY-BARTHE et Paola CAMPOMAGNANI, 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), 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.