



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23073/2005-CS

DAS/3/2014

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU MARDI 7 JANVIER 2014

Recours (C/23073/2005-CS) formé en date du 29 novembre 2013 par **Monsieur A** _____, domicilié _____, _____ (GE), comparant par Me Mourad SEKKIOU, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du _____ à :

- **Monsieur A** _____
c/o Me Mourad SEKKIOU, avocat
Rue Toepffer 11 bis, 1206 Genève.
- **Madame B** _____
c/o Me Thomas BARTH, avocat
Boulevard Helvétique 6, 1205 Genève.
- **Maître C** _____
_____, case postale _____, _____.
- **TRIBUNAL DE PROTECTION DE L'ADULTE
ET DE L'ENFANT.**

Pour information :

- **Messieurs D** _____ **et E** _____
SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS
Case postale 75, 1211 Genève 8.
-

EN FAIT

Par acte du 29 novembre 2013, A_____ recourt contre une décision du 15 novembre 2013, expédiée pour notification le même jour, à teneur de laquelle la Présidente du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : le Tribunal de protection) dit que cette autorité n'est plus compétente *ratione loci* pour prononcer des mesures de protection de l'enfant F_____.

Le recourant, père de l'enfant, conclut à l'annulation de cette décision et reprend devant la Cour les conclusions dont il avait saisi le Tribunal de protection en date du 14 novembre 2013, et qui tendaient, sur mesures superprovisionnelles, provisionnelles et au fond, à ce que la garde de l'enfant soit retirée à sa mère B_____ et à la confirmation des curateurs actuels dans leurs fonctions.

Le juge précédent, invité à formuler des observations, a déclaré persister dans sa décision.

Me C_____, curatrice de représentation de la mineure, conclut également à l'annulation de la décision déferée, à l'admission de la compétence des autorités genevoises, au renvoi de la cause au Tribunal de protection pour instruction complémentaire, comprenant les actes visant à établir la réalité de la prétendue résidence de l'enfant au Portugal, enfin la prise des mesures de protection qui s'imposeraient dans l'intervalle pour la protection de l'enfant.

B_____ a conclu par le biais de son avocat au rejet du recours, sous suite de dépens. Sa cliente l'avait informé de son départ de Suisse, ainsi que du fait que l'enfant était scolarisée et qu'elle suivait une psychothérapie en son nouveau lieu de résidence. Il ignorait en revanche le lieu de son séjour.

Le Service de protection des mineurs (SPMi), chargé des mesures de curatelle existantes, n'a pas été invité à se prononcer.

Les déterminations reçues ont été communiquées au recourant le 12 décembre 2013. Il n'a pas fait valoir son droit de réplique.

La décision querellée s'inscrit dans le contexte de faits suivants :

- A. A_____, né le _____ à _____ (Tunisie), de nationalité tunisienne (ci-après : le père), et B_____, née le _____ à Genève, originaire de Genève (ci-après : la mère ou la recourante), se sont mariés le _____ à Sidi-Bouzid.

F_____, née le _____ à Genève, est issue de cette union.

L'enfant est double-nationale suisse et tunisienne; sa mère est en possession des papiers d'identité suisses de l'enfant et le père de son passeport tunisien.

-
- B.** Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 11 octobre 2005, le Tribunal de première instance a notamment attribué la garde d'F_____ à sa mère; le droit de visite (soumis à curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC) réservé au père devait s'exercer, sauf accord contraire du curateur et des parties, une fois par mois dans un Point de rencontre.

Le divorce des époux a été prononcé par jugement du Tribunal de première instance du 13 mars 2008, partiellement modifié par arrêt de la Cour du 5 décembre 2008 (ACJC/1477/08). Les droits parentaux ont été attribués à la mère; le droit de visite du père (toujours soumis à curatelle) était élargi de manière progressive et, dès l'entrée en scolarité, devait s'exercer en substance un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

A l'époque, le SPMi a relevé que les parents avaient tous deux les compétences parentales nécessaires, mais qu'un conflit majeur les opposait, empêchant toute communication entre eux et était nocif pour le développement de leur fille.

- C. a)** L'exécution de la curatelle de surveillance et d'organisation du droit de visite (art. 308 al. 2 CC) a été confiée dans un premier temps à une collaboratrice du Service du tuteur général (STG) puis, dès juillet 2006, à un, puis à deux collaborateurs du SPMi. En décembre 2010, le mandat du curateur a été étendu à une assistance éducative (art. 308 al. 1 CC).

Ces réglementations et mesures de protection de l'enfant n'ont pas permis de calmer le conflit parental.

- b)** Le droit de visite du père, exercé dans un premier temps dans un Point de rencontre, a ensuite été élargi à des week-ends et aux vacances scolaires.

Le père est régulièrement intervenu auprès du Tribunal tutélaire afin d'obtenir l'exercice effectif de son droit de visite, respectivement une "compensation" de celui qu'il n'avait pu exercer. Il a également, à plusieurs reprises, porté plainte pénale contre son ex-épouse (art. 292 CP). Depuis juin 2012, il a multiplié ses interventions.

Il a également réclamé du Tribunal tutélaire, de manière réitérée, que la garde de l'enfant lui soit transférée. Aucune demande en modification du jugement de divorce n'a en revanche été déposée devant le juge civil.

- c)** La fixation du calendrier des visites de l'enfant chez son père a donné lieu à des décisions successives du curateur et du Tribunal tutélaire, enfin de la Chambre de céans (DAS/305/2012 du 3 décembre 2012), dont certaines ont été notifiées à la recourante sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

d) La recourante a régulièrement refusé d'exécuter les décisions fixant le calendrier des visites de l'enfant chez son père, même lorsqu'elles lui ont été signifiées sous la menace de la peine de l'art. 292 CP. Elle s'est également opposée à ce que les jours pendant lesquels le père n'avait pas pu voir sa fille soient "compensés".

Il lui est arrivé d'emmener l'enfant avec elle à l'étranger pour éviter l'exercice du droit de visite pendant les vacances scolaires, notamment en octobre et en décembre 2010.

Depuis juin 2012, elle n'a plus conduit la mineure à l'école le vendredi après-midi précédant les week-ends où l'enfant devait aller chez son père, empêchant ainsi ce dernier de prendre l'enfant avec lui à la sortie de l'école comme prévu. Le droit de visite n'a plus été exercé depuis lors.

Une procédure pénale ouverte contre B_____ pour violation de l'art. 292 CP est en cours, dans le cadre de laquelle elle a été entendue par un procureur le 3 octobre 2013.

D. A teneur de l'arrêt de la Chambre de céans du 3 décembre 2012, B_____, domiciliée à Genève, avait un compagnon et vivait seule avec sa fille. Elle était serveuse dans un établissement public et recourait à l'aide d'une maman de jour agréée pour s'occuper de sa fille pendant ses heures de travail. Le père de l'enfant, remarié et ayant deux autres enfants, était également domicilié dans le canton de Genève.

L'enfant était scolarisée à l'école publique genevoise. Depuis novembre 2010, elle bénéficiait d'un suivi clinique régulier à l'Unité pédopsychiatrique de liaison du Service de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent des HUG. B_____, pour sa part, avait entrepris dès février 2011 une thérapie personnelle auprès d'un psychiatre auprès de cette même unité.

En exécution de l'arrêt précité, des séances de thérapie réunissant l'enfant et son père ont en outre été mises sur pied dès le 15 mai 2013.

E. Le 1^{er} novembre 2013, B_____ a annoncé à l'Office cantonal de la population son départ de Genève, le 5 novembre 2013, pour une destination inconnue, qui pourrait être Chaves (Portugal), ville dans laquelle résiderait la mère d'B_____. C'est le lieu de préciser que Chaves est une ville du nord du Portugal, comprenant 41 243 habitants en 2011 (http://fr.wikipedia.org/wiki/Chaves_%28Portugal%29#D.C3.A9mographie).

Dès le 7 novembre 2013, l'enfant n'est pas retournée en classe, sans que sa mère n'en indique les motifs au corps enseignant.

Le 12 novembre 2013, deux représentants du SPMi se sont rendus au domicile d'B_____. Ils ont constaté que son nom ne figurait ni sur la boîte aux lettres, ni sur la porte de l'appartement. Ils ont sans résultat sonné et frappé à la porte.

L'éventuelle résidence au Portugal (ou ailleurs à l'étranger) de la mère et de l'enfant n'est à ce jour étayée d'aucun document probant.

- F. La décision attaquée se réfère à 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 de l'enfant (CLaH96) et retient que le principe de la *perpetuatio fori* n'est pas applicable. L'enfant ayant quitté la Suisse avec sa mère, les autorités genevoises ne sont dès lors plus compétentes pour prononcer des mesures de protection de l'enfant.

Les arguments développés devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. **1.1** La présente procédure est soumise aux nouvelles dispositions de protection de l'adulte et de l'enfant ainsi que le droit de procédure - fédéral et cantonal - y relatif, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2013, qui sont d'application immédiate (art. 14 al. 1 Tit. fin. CC; art. 14a al. 1 Tit. fin. CC *cum* art. 31 al. 1 let. a LaCC).
- 1.2** Interjeté auprès de la Chambre de surveillance de la Cour de justice (art. 53 al. 1 LaCC), dans les délai et forme utiles (art. 450 al. 3 CC applicables par le renvoi de l'art. 314 al. 1; art. 53 al. 2 LaCC) par le père de l'enfant, qui dispose de la qualité pour recourir (art. 450 al. 2 ch. 1 CC; art. 35 let. b LaCC), à l'encontre d'une décision rendue par le Tribunal de protection sur la compétence dans le cadre d'une procédure tendant à une mesure de protection de l'enfant (retrait de garde, art. 450 al. 3 CC), le recours est recevable.
- 1.3.** La Chambre de céans revoit la présente cause, soumise aux maximes inquisitoire illimitée et d'office (art. 446 al. 1 et al. 3 applicable par le renvoi de l'art. 314 al. 1 CC), avec un plein pouvoir d'examen (art. 450a al. 1 CC).
2. Les pièces nouvellement déposées devant la Chambre de céans sont recevables : l'art. 53 LaCC, qui régit de manière exhaustive les actes accomplis par les parties en seconde instance, à l'exclusion du CPC (art. 450 f CC *cum* art. 31 al. 1 let. c et let. d *a contrario* LaCC) ne stipulant aucune restriction en cette matière.
3. A juste titre, le premier juge s'est référé à la loi suisse (*lex fori*) pour statuer sur sa propre compétence *ratione loci* (art. 1 al. 1 LDIP).

3.1 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 sont régies 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 de l'enfant (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 des relations personnelles, ainsi que l'instauration d'une curatelle (art. 1 et 3 CLaH96; ATF 132 III 596 consid. 2.2.1).

Dans les Etats qui sont parties à cette convention et qui l'ont ratifiée, la CLaH96 remplace la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (CLaH61) concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. La CLaH61 continue à s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH96 (art. 19 ss CLaH61 et art. 11 ss de la Convention de Vienne du 23 mai 1996 sur le droit des traités).

3.2 En l'espèce, tant la Suisse que le Portugal (pays dans lequel la résidence de l'enfant aurait été transférée) ont ratifié la CLaH96. Le premier juge s'est ainsi à juste titre référé à cette Convention.

- 4.** **4.1** A teneur de l'art. 5 CLaH96, les autorités judiciaires et administratives de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou de ses biens (par. 1). En cas de changement de résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (par. 2). Le principe de la *perpetuatio fori* en vertu duquel lorsqu'un tribunal est localement compétent au moment de la création de la litispendance, il le reste même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite, ne s'applique donc pas. Toutefois, lorsque la nouvelle résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un Etat non contractant, la compétence de l'autorité saisie peut être conservée, dans le sens de la *perpetuatio fori* (arrêt 5A_809/2012 cité consid. 2.3.2 et les références; DAS/50/2013 du 24.04.2013, consid. 2.1).

4.2 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).

4.3 Selon la définition qu'en donne en règle générale 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. 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. 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. 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, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 5A_809/2012 précité consid. 2.3.3; ATF 110 II 119 consid. 3 arrêts du Tribunal fédéral 5A_889/2011 du 23 avril 2012 consid. 4.1.1, 5A_427/2009 du 27 juillet 2009 consid. 3.2 publié in FamPra.ch 2009, p. 1088).

4.4 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'enfant, qui vit auprès de sa mère, a eu sa résidence habituelle à Genève depuis sa naissance. La mère de l'enfant a habité avec celle-ci dans un appartement pris à bail dans le canton et y a exercé une activité lucrative régulière. L'enfant a régulièrement fréquenté l'école publique genevoise et a bénéficié de suivis psycho-sociaux auprès d'institutions publiques genevoises.

Le 1er novembre 2013, la mère de l'enfant a annoncé aux autorités administratives genevoises qu'elle quittait la Suisse pour une destination inconnue, qui pourrait être Chaves (Portugal). L'enfant n'est plus revenue à l'école depuis le 7 novembre 2013 et les assistants sociaux du SPMi ont constaté que le nom de la

mère ne figurait ni sur la porte de son logement genevois, ni sur la boîte aux lettres et leurs démarches pour entrer en contact avec la mère de l'enfant sont demeurées vaines.

Le recourant indique, dans son acte de recours, que la grand-mère maternelle de l'enfant vivrait à Chaves, ce qui pourrait expliquer cette destination. L'avocat de la mère de l'enfant, pour sa part, explique que sa cliente lui a confirmé qu'elle avait quitté Genève, que l'enfant était scolarisée à son nouveau domicile et qu'elle bénéficiait d'un suivi psychologique en ce lieu. Le lieu de résidence effectif de l'enfant n'est toutefois pas déterminé à ce jour et aucun document n'a été produit, qui attesterait de l'installation durable de la mère ainsi que de l'enfant dans un lieu quelconque à l'étranger. A cela s'ajoute que par le passé, il est déjà arrivé à la mère d'emmener l'enfant quelque temps à l'étranger, sans pour autant y établir une résidence durable.

Sur la base de ces éléments, l'existence d'une résidence habituelle de l'enfant à l'étranger et plus spécifiquement au Portugal ne pouvait être retenue.

La procédure devant le Tribunal de protection étant soumise aux maximes inquisitoire et d'office illimitée (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1), il incombait à cette autorité d'instruire d'office les faits pertinents pour statuer sur sa compétence. En particulier, il devait réclamer de la mère de l'enfant, qui est représentée par avocat, la production de documents officiels prouvant son installation à l'étranger, recueillir le témoignage de personnes qui lui étaient proches et qui pourraient ainsi détenir des informations importantes, ou encore, la mère et l'enfant étant notamment de nationalité suisse, solliciter des renseignements des autorités consulaires suisses au Portugal ou faire procéder à une enquête par le Service social international. Il y a d'ailleurs lieu de relever que l'identité de la grand-mère maternelle de l'enfant peut, notamment, être établie par la consultation de l'acte de mariage des parents de l'enfant et qu'elle pourrait ainsi être localisée.

5. Il résulte de ce qui précède que le recours est fondé.

La décision querellée sera annulée et la procédure sera renvoyée au Tribunal de protection pour instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

La décision querellée s'inscrivant dans une procédure tendant au prononcé d'un retrait de garde, à savoir d'une mesure de protection de l'enfant, la procédure de recours est gratuite (art. 81 al. 1 LaCC). Il ne sera pas alloué de dépens.

* * * * *

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

À la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre la décision DTAE/5498/2013 rendue le 15 novembre 2013 par la Présidente du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/23073/2005-8.

Au fond :

Admet le recours et annule cette décision.

Renvoie la cause au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant pour instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

Sur les frais :

Dit que la procédure de recours est gratuite et qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES et Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, 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.