

POUVOIR JUDICIAIRE
COUR DE JUSTICE

Cause C/27544/2010

N° 259/2010

DECISION
DU MERCREDI 15 DECEMBRE 2010de l'Autorité centrale cantonale
selon la loi fédérale du 21 décembre 2007 (LF-EEA)

Requête (C/27544/2010) en retour des **A_____**, **B_____** et **C_____**, nés respectivement les _____ 1998 et _____, formée en date du 23 novembre 2010 par **X_____**, domicilié en France, comparant par Me Anne Sonnex Kyd, avocate, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **16 décembre 2010** à :

- **Monsieur X_____**
c/o Me Anne Sonnex Kyd, avocate
29, rue de la Coulouvrenière, case postale 5710
1211 Genève 11.
 - **Madame Y_____**
c/o Me Marc Lironi, avocat
19, bd Georges-Favon, 1204 Genève.
 - **AUTORITE CENTRALE FEDERALE**
Office fédéral de la justice
Bundesrain 20, 3003 Berne.
-

EN FAIT

- A. a) X_____ et Y_____, tous deux ressortissants australiens, se sont mariés le _____ 1992 en Australie. Quatre enfants sont issus de leur union : D_____, né le _____ 1995, A_____, né le _____ 1998, B_____ et C_____, nées le _____ 2001.

En 1992, les époux se sont installés avec leur fils aîné en France, à P_____. Cette localité est située dans le département de l'Ain, à deux kilomètres environ de la frontière suisse.

- b) Le 14 mars 2006, Y_____ a déposé une requête en divorce auprès du Tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse (France). Par ordonnance de non conciliation du 23 mai 2006, le juge aux affaires familiales a dit que les parents exerceraient conjointement l'autorité parentale sur les enfants et que ceux-ci résideraient alternativement chez l'un et l'autre des parents.

Le 1^{er} juillet 2008, Y_____ est venue s'établir à Versoix (Suisse) avec les quatre enfants. Elle affirme, pièces à l'appui, avoir averti en temps utile son époux ainsi que les autorités judiciaires françaises de ce changement de domicile. Elle a expliqué cette démarche par le fait que les enfants avaient exprimé leur mal être de vivre auprès de leur père, ce que ce dernier conteste catégoriquement. Le nouveau domicile de la mère et des enfants est situé à dix minutes en voiture de celui du père.

Par jugement du 18 septembre 2008, le Juge des affaires familiales a fixé, à titre provisoire, la résidence habituelle des quatre enfants auprès de leur mère à Versoix. Cette décision n'a pas fait l'objet de recours de la part de X_____. Par jugement du 28 mai 2009, le Tribunal de grande instance a maintenu la résidence habituelle des enfants auprès de leur mère. Ce jugement n'a pas non plus fait l'objet d'un recours de la part de X_____.

- c) Dans le cadre de la procédure de divorce, une expertise médico-psychologique a été ordonnée et un expert commis à cette fin le 18 septembre 2008.

Dans son jugement du 30 mars 2010, le Tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse a prononcé le divorce des époux. S'agissant des enfants, il a rejeté l'exception d'incompétence *ratione loci* soulevée par Y_____ et fixé la résidence de enfants de la manière suivante : l'aîné D_____ auprès de sa mère; les trois autres enfants auprès de leur père. Dans ses considérants, le Tribunal a exposé que l'expert judiciaire avait évoqué le syndrome d'aliénation parentale de la mère sur ses enfants; comme l'expertise avait été mise en échec par la mère, ce diagnostic "*s'il n'est pas posé, n'est pas non plus levé*", ce qui justifiait le changement de lieu de résidence des enfants. Dans son dispositif, le juge français a ordonné l'exécution provisoire des mesures relatives aux enfants.

Ce jugement a fait l'objet d'un appel de la part de Y_____ et la procédure d'appel est pendante.

d) Le 12 avril 2010, Y_____ a saisi le Tribunal de première instance de Genève d'une requête en modification des mesures provisoires françaises et tendant à ce que le juge suisse lui attribue l'autorité parentale et la garde sur les quatre enfants, sous réserve d'un droit de visite en milieu surveillé en faveur du père à raison d'une demi journée par semaine.

Par jugement du 6 septembre 2010, le Tribunal de première instance a constaté la litispendance entre cette procédure et celle se déroulant en France. Il a en conséquence suspendu la cause dans l'attente d'une décision finale et exécutoire prononcée par les juridictions françaises saisies concernant leur compétence locale pour statuer sur les relations personnelles des époux avec leurs enfants. Ce jugement fait l'objet d'un appel de la part de Y_____, cause actuellement pendante devant la Cour de justice.

e) Parallèlement à ces procédures, d'autres causes opposent les parties.

Une plainte pénale a notamment été déposée par X_____ pour enlèvement d'enfants. Cette plainte a été suspendue par le Procureur général, décision frappée de recours actuellement pendant devant la Chambre d'accusation.

Une procédure de retour des enfants a également été déposée auprès de l'autorité centrale française compétente.

Les parties ont enfin tenté d'entrer en médiation, mais ce mode alternatif de résolution des litiges ne s'est pas révélé adapté à la situation très tendue des époux.

B. Par requête déposée le 23 novembre 2010 au greffe du Tribunal tutélaire et transmis d'office par cette juridiction à la Cour de céans, X_____ a sollicité le retour des mineurs "*D_____ né le _____ 1996, A_____ né le _____ 1998 et B_____ née le _____ 2001*" auprès de leur père. Il a également conclu à ce que l'exécution du droit de visite sur D_____ selon jugement du Tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse du 30 mars 2010 soit ordonné et a sollicité que ces mesures soient prononcées sous la menace de la peine de l'art. 292 CP.

Le 3 décembre 2010, le Juge délégué a tenté la conciliation et a procédé à l'audition des parties. Les éléments pertinents de leurs déclarations ont été intégrés ci-dessus, dans la mesure utile. Au terme de cette audience, un délai de sept jours a été imparti à Y_____ pour répondre à la requête et les parties ont été informées que la cause serait alors immédiatement gardée à juger.

Dans son mémoire de réponse du 10 décembre 2010, Y_____ a conclu à l'irrecevabilité de la demande et a sollicité qu'une amende de procédure soit

prononcée à l'encontre de X_____ et de son conseil qui abusaient des procédures, le tout sous suite de frais et dépens.

- C. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. La requête a été adressée au Tribunal tutélaire de la République et canton de Genève, lequel l'a transmis d'office à l'Autorité centrale cantonale compétente selon l'art. 7 de la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1er juillet 2009 (LF-EEA: RS 211.222.32; art. 31 al. 2 LOJ). La procédure sommaire est applicable (cf. art. 302 al. 1 let. a CPC dès le 1^{er} janvier 2011).

Dès lors que les enfants se trouvent en Suisse, au domicile de leur mère à Versoix (Genève), la compétence en raison du lieu de l'Autorité de céans est manifeste. Quant à la compétence en raison de la matière, elle est acquise du seul fait du dépôt de la requête. En effet, la question de savoir si l'on est en présence d'une situation d'enlèvement ou de non retour d'un enfant au sens de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (CEIE; RS 0.211.230.02) est précisément l'objet du débat. En d'autres termes, si la réponse à cette question est négative, pour une raison ou une autre, il en résultera le rejet de la requête, mais non pas son irrecevabilité pour cause d'absence de compétence de l'autorité saisie.

S'agissant des conclusions prises par le requérant, la Cour de céans les rectifiera en ce sens que la requête ne peut porter que sur le retour des trois enfants cadets, soit A_____, B_____ et C_____, dont la résidence a été fixée auprès de leur père par le juge français du divorce. Cette rectification est possible s'agissant d'un domaine où le juge applique la maxime d'office (cf. art. 296 CPC dès le 1^{er} janvier 2011), de sorte que, sur ce point, les conclusions en irrecevabilité de l'intimée doivent être rejetées.

2. Ratifiée par la Suisse et la France, la CEIE a pour but d'assurer le retour immédiat d'enfants déplacés ou retenus illicitement dans l'un des Etats cocontractants et de faire respecter dans ceux-ci les droits de garde existants (art. 1). Elle tend au premier chef, voire même uniquement à rétablir le *status quo ante* (ATF 123 II 419 consid. 2b).

A teneur de son art. 4, la CEIE s'applique à tout enfant âgé de moins de seize ans, qui avait sa résidence dans un Etat cocontractant immédiatement avant le déplacement. Ces conditions sont réalisées dans le cas d'espèce : les trois enfants ont moins de seize ans et ils avaient leur résidence habituelle en France avant de venir s'installer en Suisse.

-
3. La question se pose de savoir si la CEIE s'applique au cas d'espèce. De l'avis du père, le prononcé du jugement français de divorce du 30 mars 2010 fixant à son domicile la résidence habituelle de ses trois enfants cadets fonde la requête de retour de ces trois enfants. Pour la mère, en revanche, les enfants ont leur résidence habituelle auprès d'elle depuis septembre 2008, conformément à deux décisions de justice françaises, ce qui enlève tout caractère illicite au déplacement des enfants de France en Suisse.

3.1 A teneur de l'art. 3 al. 1 CEIE, le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite lorsque sont réunies les deux conditions cumulatives suivantes : le déplacement a lieu en violation d'un droit de garde attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (let. a); ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus (let. b).

L'existence d'un droit de garde, respectivement la question de savoir qui est l'attributaire de ce droit, s'apprécie uniquement au regard de l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement ou le non-retour, y compris ses règles de conflit de loi. Il importe en effet de protéger efficacement, mais uniquement, le droit de garde tel qu'il est reconnu réellement dans cet Etat, ce qui suppose, dans un cas international, l'observation du droit international privé de cet Etat (ATF du 17 octobre 2007, cause 5A_479/2007). Ce droit peut résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision ou d'un accord en vigueur selon le droit à cet Etat (art. 3 al. 2 CEIE). La CEIE impose également à l'époux requérant de ne pas laisser s'écouler plus d'une année à partir du déplacement ou du non-retour avant de mettre en branle la mécanique de la Convention (art. 12 al. 1 CEIE).

3.2 Les époux vivent en l'espèce séparés depuis 2006.

Après une période pendant laquelle la résidence des enfants a été fixée par le juge français alternativement chez l'un et l'autre des parents, la mère s'est installée avec les enfants en Suisse en juillet 2008. Point n'est besoin de trancher ici la question de savoir si ce déménagement a été opéré en son temps avec le consentement du père puisque, de toute manière, ce nouveau lieu de résidence des enfants a été ratifié par les juridictions françaises et non remis en cause par le père. Le Juge aux affaires familiales a en effet fixé la résidence habituelle des enfants auprès de leur mère à Versoix, par jugement du 18 septembre 2008, puis, le 28 mai 2009, le Tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse a maintenu ce lieu de résidence habituelle.

Au vu de ces éléments, il n'y a pas eu de déplacement illicite des enfants au sens de la Convention puisque l'installation en Suisse a été ratifiée par les autorités judiciaires saisies à l'origine de la procédure de divorce. En outre, la présente requête est déposée plus de deux ans après l'emménagement des enfants à Versoix. Or, après l'écoulement d'un tel laps de temps, il y a tout lieu de penser que les enfants se sont intégrés dans leur nouveau milieu (cf. art. 12 al. 2 CEIE) et qu'un retour immédiat de l'enfant, tel que conçu par la Convention, n'est plus approprié. Enfin, le prononcé du jugement de divorce - qui n'est pas définitif à ce jour - n'a pas eu pour effet de conférer au déplacement des enfants de France en Suisse une illicéité qu'il n'a pas eu pendant plus de deux ans.

3.3 Dans de telles conditions, la requête en retour des enfants n'est pas fondée.

Comme les demandes visant l'organisation d'un droit de visite sont soumises aux mêmes modalités que celles visant le retour de l'enfant, les conclusions du requérant tendant à exécuter le droit de visite sur l'enfant aîné doivent également être rejetées.

4. Conformément à l'art. 14 LF-EEA et de l'art. 26 CEIE, la procédure est gratuite, de sorte que des dépens ne sauraient être alloués. La procédure genevoise admet d'ailleurs la même solution pour les procédures entre époux (art. 176 al. 3 LPC).

Pour les mêmes motifs, il n'y a pas lieu de prononcer d'amende de procédure envers le requérant ou son conseil.

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

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
L'Autorité centrale cantonale :**

A la forme :

Reçoit la requête.

Au fond :

La rejette.

Ordonne la notification du présent arrêt à l'Autorité centrale fédérale.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La procédure est gratuite.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame Maité VALENTE greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 113 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 dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 2 let. c LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

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