REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/3742/2018-CS **DAS/71/2023**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU VENDREDI 24 MARS 2023

Recours (C/3742/2018-CS) formé en date du 19 septembre 2022 par **Madame A_____**, domiciliée _____ (Genève), comparant par Me Emma LOMBARDINI RYAN, avocate, en l'Etude de laquelle elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **30 mars 2023** à :

- **Madame A_____**
  c/o Me Emma LOMBARDINI RYAN, avocate
  Rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11.

- **Monsieur B_____**
  c/o Me Olivier SEIDLER, avocat
  Rue du Rhône 116, 1204 Genève.

- **Madame C_____**
  Madame 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)** E_____ est née le _____ 2018 de la relation hors mariage entretenue par A_____ et B_____, lequel a reconnu l'enfant.

b) Par requête du 8 janvier 2019, B_____ a sollicité du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après: le Tribunal de protection) qu'il instaure une garde partagée sur la mineure, subsidiairement qu'il lui octroie un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi au lundi matin, ainsi que deux nuits par semaine.

c) Par ordonnance DTAE/7829/2019 du 12 décembre 2019, le Tribunal de protection a octroyé la garde de la mineure à A_____ et fixé un droit de visite en faveur de B_____, tous les jeudis de 12h30 à 18h30, puis dès le mois de février 2020, un week-end sur deux, du samedi 10h00 au dimanche 18h00, et dès le mois d'avril 2020, une week-end sur deux, du vendredi dès la sortie de la crèche au dimanche 18h00, ainsi que durant la moitié des jours de fermeture de la crèche, à savoir sept semaines par an, nuits comprises, soit la moitié des quatre semaines de vacances d'été, de la semaine de Pâques et des deux semaines de Noël. Une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite a également été ordonnée.

d) Le 13 avril 2021, B_____ a formé une nouvelle requête devant le Tribunal de protection, sollicitant derechef l'instauration d'une garde partagée sur la mineure.

e) Le 26 mai 2021, A_____, représentant sa fille mineure E_____, a déposé une action alimentaire devant le Tribunal de première instance, afin que B_____ pourvoie à l'entretien de l'enfant (cause C/1_____/2021).

f) Dans sa réponse à cette requête, B_____ a notamment conclu à l'instauration d'une garde alternée sur la mineure, subsidiairement, à un élargissement de son droit de visite.

g) Par courrier du 6 septembre 2021, A_____ a informé le Tribunal de protection de l'état de l'action alimentaire qu'elle avait formée, à savoir que l'autorisation de procéder avait été délivrée, l'action introduite et l'avance de frais payée, de sorte que la compétence pour l'ensemble du litige passait désormais au juge civil.

h) Le 1er octobre 2021, le Tribunal de protection a écrit à A_____ en indiquant que "*conformément à la pratique arrêtée en l'état avec le Tribunal civil*", il restait saisi "*jusqu'à l'éventuelle saisine au fond (et le paiement de l'avance de frais y relative, hors cas couverts par l'assistance juridique) du Tribunal de première instance à la suite d'une conciliation infructueuse. Un tel mode de*

procéder vise en effet à ce que, lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert, des mesures qui ne peuvent attendre puissent être prononcées sans délai ou encore, selon les cas, qu'une évaluation sociale soit rapidement diligentée aux fins de nous permettre, en particulier, d'évaluer plus précisément, s'il y a lieu, le degré d'urgence de la situation."

Il indiquait qu'une copie du dossier du Tribunal de protection avait été communiquée au Juge conciliateur "*pour information*".

Il précisait :"*Cela étant, au vu des circonstances, l'autorité de protection sera amenée à suivre l'évolution de la situation de l'enfant susvisée, à tout le moins au-delà d'une éventuelle conciliation ou, à défaut, d'un jugement au fond émanant du Tribunal de première instance. En pareil contexte, il n'est pas exclu que des échanges de vues interviennent entre les deux juridictions simultanément saisies, selon les décisions qu'il y aura lieu de prendre et le degré d'urgence de celles-ci, étant précisé qu'il a été décidé qu'à l'exception des curatelles d'organisation et de surveillance du droit de visite, le prononcé de mesures de protection (art. 307ss CC) demeure du ressort du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant même en cas de saisine au fond du Tribunal de première instance. Dans ces circonstances, notre demande d'évaluation sociale demeure pleinement justifiée et nous la ferons suivre au Tribunal de première instance, pour que les mesures nécessaires soient prises et les modifications des droits prononcés en application de la répartition des compétences convenue. La demande d'évaluation sociale demeurait pleinement justifiée et elle serait transmise au Tribunal civil, pour que les mesures nécessaires soient prises et les modifications des droits parentaux prononcées en application de la répartition des compétences convenue."*

i) Par jugement du 27 juin 2022, le Tribunal de première instance a maintenu l'autorité parentale conjointe sur la mineure E_____, maintenu sa garde auprès de A_____, réservé à B_____ un droit de visite devant s'exercer, dans un premier temps, une semaine, du vendredi soir à la sortie de la crèche au lundi matin et, l'autre semaine, un jour de la semaine dès 12h30 jusqu'au lendemain matin retour à l'école, puis, dès la rentrée 2022, une semaine, du vendredi soir à la sortie de l'école jusqu'au lundi matin retour à l'école et, l'autre semaine, durant deux nuits d'affilées, de la sortie de l'école jusqu'au retour de l'école, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, ne devant pas excéder quinze jours d'affilés, maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et fixé une contribution d'entretien échelonnée à verser par le père en mains de la mère de la mineure.

j) A_____ a formé appel le 30 août 2022 auprès de la Cour de Justice contre ce jugement, sur l'unique question de l'élargissement du droit de visite de B_____. La procédure est toujours actuellement pendante devant la Cour.

k) Le 30 août 2022, le Service de protection des mineurs a écrit au Tribunal de protection afin de l'informer qu'il avait reçu une copie du jugement du Tribunal de première instance du 27 juin 2022, fixant de nouvelles modalités de visite pour la mineure E_____. Ignorant si un appel allait être interjeté, il se référait à l'ordonnance du 12 décembre 2019 du Tribunal de protection, laquelle prévoyait un droit de visite le jeudi en faveur du père. E_____ ayant commencé l'école, il paraissait compliqué d'appliquer le droit de visite le jeudi de 12h00 à 18h30, de sorte que les parents avaient été interpellés à ce sujet. La mère était défavorable à l'idée d'échanger le droit de visite du père du jeudi pour le mercredi, ayant congé ce jour-là, et proposait que le père continue à prendre l'enfant le jeudi pendant les temps de pause de midi, soit de 11h30 à 14h00, puis dès la sortie de l'école à 16h00 jusqu'à 19h00, ce que le père refusait, souhaitant reporter son temps de visite le mercredi afin de partager des activités avec la mineure et son demi-frère.

Compte tenu de la réalité scolaire de E_____, de la volonté du père de partager des activités avec elle, de l'enjeu important du mercredi pour la mère et du fait que le jugement du Tribunal de première instance prévoyait d'accorder au père deux nuits consécutives, le Service de protection des mineurs préavisait, dans l'intérêt de la mineure, de fixer, au moyen de mesures superprovisionnelles, le droit de visite du père du mardi après l'école au mercredi 11h00, dès le 6 septembre 2022.

B. Par ordonnance DTAE/5932/2022 (recte: DTAE/5939/2022) du 7 septembre 2022, le Tribunal de protection, par apposition de son timbre humide, statuant sur mesures provisionnelles, a accordé à B_____ un droit de visite sur sa fille E_____ du mardi après l'école au mercredi 11h00 dès le 6 septembre 2022.

C. **a)** Par acte du 19 septembre 2022, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, qu'elle a reçue le 12 septembre 2022, concluant au constat de la nullité de la décision rendue, subsidiairement à son annulation.

En substance, elle soulève l'incompétence du Tribunal de protection pour rendre la décision sur mesures provisionnelles du 7 septembre 2022, l'action alimentaire avec détermination des droits parentaux étant pendante devant la Cour de justice, seule compétente pour fixer le droit de visite du père sur sa fille, qu'elle avait contesté dans son acte d'appel. Elle reproche également au Tribunal de protection d'avoir rendu sa décision sans avoir entendu les parties, en violation de leur droit d'être entendues, et d'avoir modifié le droit de visite du père, alors qu'aucune situation d'urgence ou de protection au sens de l'art. 307 CC n'entrait en ligne de compte.

b) Par décision DAS/202/2022 du 19 septembre 2022, la Chambre de surveillance a restitué, à titre superprovisionnel, l'effet suspensif au recours et

par décision DAS/205/2022 du 26 septembre 2022 a octroyé l'effet suspensif au recours.

c) Le Tribunal de protection n'a pas souhaité faire usage des facultés prévues à l'art. 450d CC.

d) B_____ s'en est rapporté à justice sur le fond du recours.

e) Le Service de protection des mineurs, par courrier du 17 octobre 2022, a indiqué qu'au regard de la décision de la Chambre de surveillance du 26 septembre 2022, B_____ voyait sa fille le jeudi de 11h30 à 14h00 puis de 16h00 à 19h00. Compte tenu du jugement rendu par le Tribunal de première instance accordant deux nuits consécutives au père, il considérait qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de proposer un droit de visite du mardi soir à la sortie de l'école au mercredi matin.

EN DROIT

1. **1.1** Les dispositions de la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte sont applicables par analogie aux mesures de protection de l'enfant (art. 314 al. 1 CC).

Les décisions de l'autorité de protection rendues sur mesures provisionnelles peuvent faire l'objet d'un recours (art. 450 al. 1 C) dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision (art. 445 al. 3 CC), auprès de la Chambre de surveillance de la Cour de justice (art. 52 al. 1 LaCC).

En l'espèce, le recours a été formé dans le délai utile et selon les formes prescrites, de sorte qu'il est recevable.

1.2 Compte tenu de la matière, soumise aux maximes inquisitoire et d'office illimitée, la cognition de la Chambre de surveillance est complète. La Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 446 CC ; art. 314 al. 1 et 440 al. 3 CC).

2. La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue.

2.1 Le droit d'être entendu est une garantie de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours au fond. Le droit d'être entendu confère à toute personne le droit de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, d'offrir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, de participer à l'administration des preuves, de se déterminer à leur propos. Une violation du droit d'être entendu peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pourvoir d'examen en fait comme en droit. Même en cas

de violation grave du droit d'être entendu, la cause peut ne pas être renvoyée à l'instance précédente, si et dans la mesure où ce renvoi constitue une démarche purement formaliste qui conduirait à un retard inutile, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à un jugement rapide de la cause (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; JdT 2010 I 255 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; 133 I 201 consid. 2.2).

2.2 En l'espèce, le Tribunal de protection, se fondant sur les recommandations du Service de protection des mineurs, a modifié le droit de visite du père, sans avoir préalablement transmis et recueilli les déterminations des parties à la procédure sur le contenu et les conclusions du rapport du 30 août 2022, ni sans avoir fixé d'audience pour les entendre, ce qui constitue une violation du droit d'être entendu, laquelle conduit déjà, pour ce motif, à l'annulation de la décision entreprise. La cause ne sera cependant pas renvoyée au Tribunal de protection pour les raisons qui vont suivre.

3. La recourante se plaint de l'incompétence *ratione materiae* du Tribunal de protection à rendre la décision entreprise.

3.1.1 Les art. 273 ss CC règlent le droit aux relations personnelles des père et mère avec leur enfant, prévoyant notamment que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273 al. 1 CC).

Quant aux art. 296 ss CC, ils règlent les questions liées à l'autorité parentale, soit l'attribution de celle-ci (art. 296 ss CC), son contenu (art. 301 ss CC) et la protection de l'enfant (art. 307 ss CC), qui y est liée.

3.1.2 La répartition des compétences entre le juge - i.e. notamment le juge civil compétent pour connaître des actions alimentaires des enfants à l'encontre des parents - et l'autorité de protection - à Genève, le Tribunal de protection (art. 105 al. 1 LaCC) - est un domaine complexe, la loi n'étant, malgré une révision récente, pas toujours claire à ce sujet (LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, Droit du divorce, Conditions - effets - procédure (avec la collaboration de Patrick Stoudmann), 2021, p. 737; PRALONG/ZENDER, Tabelle sur les compétences respectives du juge et de l'APEA dans la mise en œuvre du droit de la famille, in Revue valaisanne de jurisprudence 2017 p. 347).

Selon l'art. 298b CC, lorsqu'elle statue sur l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant règle également les autres points litigieux. L'action alimentaire, à intenter devant le juge compétent, est réservée; dans ce cas, le juge statue aussi sur l'autorité parentale et les autres points concernant le sort des enfants.

En outre, selon l'art. 307 al. 1 CC, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire: elle peut, en particulier, rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs, donner des indications ou instructions relatives au soin, à l'éducation et à la formation de l'enfant, et désigner une personne ou un office qualifiés qui aura un droit de regard et d'information (art. 307 al. 3 CC).

Les art. 314 et suivants CC règlent la procédure. S'agissant de la compétence *ratione materiae*, les art. 315a et suivant CC fondent la compétence du juge matrimonial pour prononcer des mesures de protection des enfants. Ainsi, le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge l'autorité de protection de l'enfant de leur exécution (art. 315a al. 1 CC). Cela étant, conformément à l'art. 315a al. 3 CC, l'autorité de protection de l'enfant demeure toutefois compétente pour poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire (ch. 1) et prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps (ch. 2).

Selon l'art. 304 al. 2 CPC, le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'aliments se prononce également sur l'autorité parentale et sur les autres points concernant le sort des enfants. Ainsi, si un tribunal est saisi d'une demande d'entretien, l'autorité de protection de l'enfant doit lui transmettre la ou les procédures pendantes devant lui (arrêt du Tribunal fédéral 5A_1025/2019 du 1er octobre 2020 consid. 5.4.2).

3.1.3 En conséquence, la question se pose de savoir qui, du juge saisi d'une action alimentaire de la part d'un enfant de parents non mariés ou de l'autorité de protection de l'enfant, est compétent pour prononcer des décisions concernant les relations personnelles entre le père, la mère et l'enfant et pour statuer sur les mesures de protection de l'enfant, par hypothèse dans l'urgence, aspects litigieux en l'espèce.

Conformément à la volonté du législateur exprimée dans le cadre de la révision du droit de l'entretien de l'enfant, la compétence du tribunal, en lieu et place de l'autorité de protection de l'enfant, a été prévue lorsque sont litigieuses tant la question de l'entretien que celles de l'autorité parentale et des mesures de protection des enfants (*attraction de compétence*; BREITSCHMID, Basler Kommentar - ZGB I, 6ème éd. 2018, n. 2a et 14 ad art. 298b CC). Reste à déterminer l'étendue de cette attraction de compétence et les conséquences d'une éventuelle violation des règles de compétence.

Par une décision non publiée, rendue dans le cadre d'une procédure de divorce, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur les questions susévoquées et d'énoncer certains principes généraux. En l'occurrence, selon le Tribunal fédéral, l'autorité de protection de l'enfant, saisie parallèlement au juge du divorce, devait se voir reconnaître un pouvoir général de décision dans le domaine de la protection de l'enfant. Cela découlait de sa compétence générale de décision en la matière et de la nécessité de garantir la sécurité juridique. La distinction entre la compétence des tribunaux et celles de l'autorité de protection n'était pas claire, particulièrement du fait que l'autorité de protection de l'enfant demeurait compétente sur certains points au cours d'une procédure matrimoniale (art. 315a al. 3 CC). La sanction de nullité pour les actes de l'autorité de protection de l'enfant exécutés dans pareille situation compromettrait la sécurité juridique, particulièrement dans le cas où des décisions urgentes devaient être prises (arrêt du Tribunal fédéral 5A_393/2018 du 21 août 2018 consid. 2.2.2; résumé in FOUNTOULAKIS/MACHERET/PAQUIER, La procédure en droit de la famille - 10ème Symposium en droit de la famille 2019, 2020, p. 254).

Dans un arrêt publié, le Tribunal fédéral a en outre retenu que l'autorité de protection est, de manière générale, et tout particulièrement en ce qui concerne les parents non mariés, compétente pour régler les questions relatives aux enfants, respectivement les mesures de protection de l'enfance, aussi longtemps qu'aucun tribunal n'a traité de ces questions, notamment dans le cadre d'une procédure de divorce ou de mesures protectrices de l'union conjugale. Toutefois, l'entretien de l'enfant est exclu de cette compétence extrajudiciaire générale: bien que l'autorité de protection soit compétente pour ratifier une convention relative à l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 et 287 al. 1 CC), elle n'a pas d'autorité dans ce domaine. Dans la version antérieure des art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, la demande d'entretien demeurait réservée, mais aucune règle de coordination n'était établie en ce qui concernait les autres questions relatives aux enfants. Par conséquent, la question de savoir si le tribunal compétent pour déterminer l'entretien de l'enfant l'était aussi pour les autres questions relatives à l'enfant ou s'il devait suspendre la procédure et attendre l'issue de la procédure devant l'autorité de protection sur la répartition de la garde n'était pas claire. Dans le cadre de la révision de l'entretien de l'enfant, le législateur a clarifié la règle de coordination en complétant les art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC ainsi qu'en introduisant le nouvel article 304 al. 2 CPC. Ces modifications ont pour conséquence que l'autorité de protection doit céder son pouvoir de décision au tribunal dès que celui-ci est saisi de la question de l'entretien. Une décision de l'autorité de protection rendue en violation de cette attraction de compétence ne peut toutefois être déclarée comme étant nulle dès lors que la décision rendue ressort de son (véritable) domaine de compétence. Cette dérogation n'est également valable, dans les procédures pendantes, qu'en ce qui concerne les créances alimentaires; l'autorité de protection clôture en principe les procédures pendantes devant elle au moment de l'introduction de la procédure judiciaire.

Dans ce contexte, la perte de compétence de l'autorité de protection au profit du juge n'est à tout le moins pas évidente, ou difficilement reconnaissable, de sorte qu'une décision rendue en violation de cette norme ne doit être déclarée nulle et non avenue qu'à titre exceptionnel. Elle peut toutefois en principe être contestée, mais le recourant n'ayant pris, dans le cas d'espèce, aucune conclusion en annulation et n'ayant pas motivé cette question, le Tribunal fédéral s'est abstenu d'examiner l'annulabilité de la décision. De plus, comme les parties avaient procédé sans réserve devant l'autorité de protection, une annulation n'entrait pas en considération (ATF 145 III 436; résumé in FOUNTOULAKIS/MACHERET/ PAQUIER, La procédure en droit de la famille - 10ème Symposium en droit de la famille 2019, 2020, p. 254).

3.1.4 Selon les tableaux résumant les dispositions précitées et réalisés par PRALONG/ZENDER (*op. cit.*), le juge est compétent pour statuer sur l'autorité parentale (art. 296 et suivants CC) lorsqu'une action alimentaire est pendante (art. 298b al. 3 CC). Il en va de même lorsqu'il s'agit de statuer sur la garde, la prise en charge ou les relations personnelles (même disposition légale). Par contre, les mesures de protection (art. 307 et suivants CC) seraient toujours du ressort de l'autorité de protection de l'enfant.

Selon d'autres auteurs, les mesures de protection des enfants sont comprises parmi les autres points concernant le sort des enfants au sens de l'art. 304 CPC et font donc aussi l'objet d'un transfert de compétence en faveur du tribunal, lorsque celui-ci est saisi d'une action alimentaire (SUTTER-SOMM/SEILER Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO, 2021, n. 2 ad art. 304 CPC; dans le même sens, VAERINI, Guide pratique du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant, 2021, p. 156).

3.1.5 S'agissant de la question de la nullité ou de l'annulabilité d'une décision rendue par une autorité matériellement incompétente, l'ATF 145 III 436 précité a donné lieu à une contribution doctrinale spécifique sur le sujet.

Ainsi, selon BASTONS BULLETI, une décision de l'autorité de protection incompétente, si elle ne conduit pas à un constat de nullité, n'en demeure pas moins viciée. Il était discutable dans l'ATF 145 III 436 de ne pas entrer en matière sur l'annulabilité, faute de conclusion sur ce point, dès lors que la nullité avait été invoquée et que le principe *a majore ad minus* aurait dû s'appliquer et conduire le Tribunal fédéral à examiner la question de l'annulabilité implicitement contenue dans les griefs et les conclusions relatifs à la nullité. Devant la deuxième instance cantonale, une telle solution adoptée par le Tribunal fédéral n'aurait pas été défendable: l'art. 60 CPC impose d'examiner d'office les conditions de recevabilité dont fait partie la compétence matérielle (art. 59 al. 2 lit. b CPC). Le Tribunal fédéral a en effet retenu que lorsqu'une décision rendue par une autorité matériellement incompétente est régulièrement attaquée, la question de la nullité n'a pas besoin d'être résolue, dès lors que cette

décision peut être annulée (ATF 140 III 227 consid. 3.3). La situation - toujours au stade d'une procédure de recours cantonale - peut être différente si le recourant n'invoque pas du tout l'incompétence matérielle: certes, l'art. 60 CPC, situé dans la partie générale du code, doit aussi s'appliquer en procédure d'appel ou de recours; cependant, le juge de deuxième instance ne saurait être tenu de relever d'office le vice que nul n'invoque, dans la mesure où ce vice n'a (clairement) pas pour conséquence la nullité de la décision. Le Tribunal fédéral envisage en outre que le vice de la décision, même objet de conclusions et griefs recevables, puisse néanmoins ne pas imposer l'annulation, du fait que les parties ont continué sans réserve la procédure devant l'autorité de protection. Cependant, la compétence matérielle est soustraite à la libre disposition des parties – à moins que la loi ne prévoie une possibilité de choix, ce qui n'est précisément pas le cas des dispositions qui sont en cause en l'espèce (cf. art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC; art. 304 al. 2 CPC). On ne voit dès lors pas bien comment le fait qu'une partie s'est laissée attraire devant une autorité matériellement incompétente pourrait, en soi, faire obstacle à l'annulation de la décision, même lorsque le vice n'est pas grave au point d'entraîner la nullité. Dans son résultat, l'arrêt devait, selon cette auteure, néanmoins être approuvé: l'annulation de la décision de l'autorité de protection aurait conduit à faire à nouveau trancher les mêmes questions par le juge de l'entretien. L'économie de procédure en aurait pâti, sans que l'on discerne quel intérêt l'aurait commandé : notamment, on ne voit pas de différence majeure entre la procédure (simplifiée, art. 295 CPC) applicable devant le tribunal et celle applicable devant l'autorité de protection, étant relevé qu'elles sont en particulier toutes deux soumises aux maximes inquisitoire stricte et d'office (art. 296 al. 1 et 3 CPC ; art. 314 al. 1 *cum* art. 446 al. 1 à 3 CC). Il semble toutefois que le même résultat aurait pu être atteint, sans remettre en cause le principe de l'invalidité d'une décision rendue par une autorité matériellement incompétente ni le caractère impératif de la compétence matérielle, en ayant recours à l'interdiction de l'abus de droit (art. 52 CPC). Dans le cas en question, il apparaissait certes que le recourant n'avait pas sciemment gardé en réserve l'argument de l'incompétence de l'autorité de protection, dont il semble que lui-même, comme la partie adverse, n'ont été conscients qu'après la fin de la procédure cantonale. Cependant, il semble qu'en se prévalant devant le Tribunal fédéral de l'incompétence de l'autorité de protection, le recourant cherchait moins à protéger l'intérêt - au demeurant peu important en l'espèce - à ce que le sort de l'enfant soit tranché par le juge saisi de l'action en entretien, qu'à obtenir une nouvelle chance de faire triompher son point de vue. Un tel intérêt n'étant pas celui que la règle de compétence matérielle en cause a pour but de protéger, l'interdiction de l'abus de droit aurait pu lui être opposée (BASTONS BULLETTI, Décision d'une autorité matériellement incompétente: quelle sanction ? in newsletter CPC Online 2020-N24).

3.2 En l'espèce, le Tribunal de protection a indiqué dans son courrier du 1er octobre 2021 adressé aux parties qu'il restait saisi jusqu'à une éventuelle saisine au fond du Tribunal de première instance, à la suite d'une conciliation infructueuse de l'action alimentaire déposée. Or, cette éventualité était déjà réalisée à la date de ce courrier, la recourante ayant précisé au Tribunal de protection le 6 septembre 2021 qu'elle avait introduit son action, suite à l'échec de conciliation, et payé l'avance de frais (paiement effectué le 27 juillet 2021). Le Tribunal de protection a donc lui-même considéré qu'il était dessaisi en faveur du Tribunal de première instance dès l'avènement de ces événements, tout en précisant qu'il demeurait compétent pour les mesures urgentes tant que le Tribunal de première instance n'avait pas rendu de décision.

Le Tribunal de première instance a rendu sa décision le 27 juin 2022. Le Tribunal de protection pouvait en conséquence difficilement reprendre sa compétence pour statuer le 7 septembre 2022 sur mesures provisionnelles afin de modifier le droit de visite du père sur la mineure, après que le Tribunal de première instance ait rendu son jugement, et alors que la Cour civile était saisie d'un appel de la mère sur la question du droit de visite du père. Le caractère d'urgence à statuer, que le Tribunal de protection avait réservé dans son courrier du 1er octobre 2021 n'était pas donné. En effet, aucune mesure de protection n'était requise, ni rendue nécessaire, dans l'attente du prononcé de l'arrêt de la Cour de justice sur appel. Par conséquent, ni la saisine antérieure du Tribunal de protection, ni l'urgence, ne fondaient une dérogation à l'attraction de compétence en faveur du Tribunal de première instance, respectivement de la Cour civile, par application analogique de l'art. 315a CC.

Le recours sera donc admis et l'ordonnance annulée pour ce second motif également, la question de la nullité de l'ordonnance pouvant demeurer indécise, au vu de ce qui précède.

4. Les frais de la procédure de recours seront arrêtés à 400 fr. et laissés à la charge de l'Etat de Genève, vu l'issue de la procédure et la position procédurale du père de la mineure sur le fond du recours, lequel s'en est rapporté à justice.

La somme de 400 fr. sera ainsi restituée à la recourante et il ne sera pas alloué de dépens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé le 19 septembre 2022 par A_____ contre la décision DTAE/5932/2022 (recte: DTAE/5939/2022) rendue le 7 septembre 2022 par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/3742/2018.

Au fond :

Annule l'ordonnance.

Sur les frais :

Laisse les frais, arrêtés à 400 fr. à la charge de l'Etat de Genève.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer la somme de 400 fr. à A_____.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, 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.