



POUVOIR JUDICIAIRE

C/8508/2017-CLAH

DAS/87/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 16 MAI 2017

Requête (C/8508/2017-CLaH) en retour de **l'enfant A_____**, né le 1_____, formée en date du 13 avril 2017 par **B_____**, domicilié _____ (Afrique du Sud), comparant par Me Valérie PACHE HAVEL, avocate, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

* * * * *

Arrêt communiqué par plis recommandés du greffier
du **17 mai 2017** à :

- **B_____**,
c/o Me Valérie PACHE HAVEL, avocate
Rue du Purgatoire 3, 1204 Genève.
 - **C_____**
c/o Me Vanessa SCHWAB, avocate
Rue de la Fontaine 9, case postale 3781, 1211 Genève 3.
 - **D_____**
Place de la Taconnerie 3-5, 1204 Genève.
 - **SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS**
E_____
Case postale 75, 1211 Genève 8.
 - **AUTORITE CENTRALE FEDERALE**
F_____
-

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20, 3003 Berne.

Pour information, à :

- **G**_____,
sis _____ (GE)

EN FAIT

A. L'enfant A_____ est né le 16 mai 2008 en Afrique du Sud. Il est de nationalité sud-africaine et peut-être titulaire de la nationalité suisse. Sa mère est C_____, née le _____, de nationalité suisse. Son père est B_____, né le _____, de nationalité sud-africaine.

B. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 13 avril 2017, B_____ a requis l'ordonnance du retour immédiat de l'enfant A_____ en Afrique du Sud, le cas échéant moyennant l'intervention de la force publique. Préalablement, il avait pris des conclusions superprovisionnelles et provisionnelles visant à faire interdiction à la mère de l'enfant de quitter le territoire suisse jusqu'à droit jugé et à ce qu'il lui soit ordonné de déposer les papiers d'identité de l'enfant auprès de l'autorité.

Il expose être marié avec la mère de l'enfant et disposer des droits parentaux sur celui-ci, en commun avec celle-là. Il avait autorisé son épouse à quitter l'Afrique du Sud avec son enfant par une autorisation de voyage signée le 12 mai 2016 pour une période allant du 26 mai au 16 juillet 2016, dans le but de se rendre en Europe pour visiter la famille de la mère de l'enfant. Celle-ci n'était pas revenue de son voyage et avait pris résidence à Genève. Il avait tenté de la convaincre de rentrer en Afrique du Sud avec l'enfant par le dépôt d'une requête de médiation, en vain. Rien ne s'opposait au retour, l'enfant qui était bien intégré dans son école et y avait de bons résultats, disposait d'un cadre de vie stable et sécurisant, entouré de ses amis et de la famille paternelle, ainsi que d'une partie de la famille maternelle.

C. Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 13 avril 2017, le président *ad interim* de la Cour de justice a fait interdiction à la mère de l'enfant de quitter le territoire suisse pendant la durée de la procédure et lui a ordonné de déposer les documents de voyage de l'enfant en mains du Service de protection des mineurs. Ce dernier point a été respecté quelques jours après le délai imparti par la Cour de céans.

D. Par ordonnance du 19 avril 2017, la Cour de céans a notamment ordonné la représentation de l'enfant et lui a désigné un curateur de représentation.

E. En date du 8 mai 2017, le requérant a déposé copie d'un document à lui transmis par l'Office fédéral de la justice, valant l'attestation des autorités sud-africaines au sens de l'art. 15 CLaH80, constatant que l'enfant a été résident avant son départ en Afrique du Sud, que les deux parents étaient titulaires des droits parentaux et que le déplacement de l'enfant unilatéralement était illicite.

-
- F.** Par mémoire-réponse du 8 mai 2017, C_____ a conclu au rejet de la requête et au déboutement du requérant de toutes ses conclusions sur mesures provisionnelles, comme au fond. Elle estime que l'une ou l'autre des exceptions au retour de l'enfant sont réalisées, un retour exposant l'enfant à une situation intolérable, celui-ci, âgé de neuf ans, et ayant la capacité de comprendre la problématique, s'opposant par ailleurs selon elle à son retour.
- G.** Par observations déposées le 8 mai 2017 également au greffe de la Cour de justice, le mineur, représenté par son curateur, a conclu quant à lui à l'admission de la requête et au prononcé de son retour immédiat en Afrique du Sud, d'ici début juillet au plus tard, au besoin moyennant l'intervention de la force publique. Le curateur de l'enfant, après avoir constaté que le déplacement était illicite, conclut qu'aucune des exceptions au retour immédiat de l'enfant n'est réalisée, l'enfant ne souhaitant pas, pour le surplus, rester à Genève loin de ses amis et d'une grande partie de sa famille. Le curateur précise toutefois que le retour ne devrait pas avoir lieu avant la fin de l'année scolaire entamée à Genève.
- H.** Les parties ont été entendues lors de l'audience de la Cour de justice du 11 mai 2017, le requérant étant représenté par son avocat. Il a persisté dans sa requête, relevé que l'illicéité du déplacement n'était pas contestée et les exceptions à l'ordonnance du retour non-réalisées. Il a enfin déclaré que la citée n'était pas susceptible de devoir faire face à une procédure pénale en cas de retour, le droit sud-africain ne prévoyant pas d'infraction pénale du fait de l'enlèvement d'enfant.

La citée a persisté à s'opposer au retour de l'enfant, ne contestant pas l'illicéité du déplacement mais confirmant ses motifs relatifs à la réalisation de l'une ou l'autre des exceptions au retour. Elle a exposé que le bien-être de l'enfant voulait qu'il reste auprès de sa mère mais qu'elle n'avait pas l'intention de retourner vivre en Afrique du Sud, même ailleurs qu'à l'ancien domicile familial, n'ayant aucune ressource, aucune indépendance ou aucun avenir professionnel ou personnel dans ce pays.

Le curateur de représentation a persisté dans ses conclusions en retour, relevant que l'enfant ne rencontrait aucun problème dans son pays de résidence habituelle, qu'il regrettait d'ailleurs. Quant à la date du retour, elle devrait être postérieure au terme de l'année scolaire.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

EN DROIT

- 1.** Selon l'art. 7 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants 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).

Dans la mesure où l'enfant résidait au moment du dépôt de la requête et réside encore sur le territoire genevois, la requête déposée par-devant la Cour est recevable.

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

2. **2.1** L'Afrique du Sud et la Suisse ont toutes deux ratifié la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; RS 0.211.230.02). 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 (*i.c.* l'Afrique du sud), 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.*, consid. 4.2.1).

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).

2.2 La citée, opposante à la requête, ne conteste pas que le déplacement de l'enfant fut illicite. Pas plus ne conteste-t-elle que la résidence habituelle de l'enfant était auparavant en Afrique du Sud. Elle soutient cependant que les exceptions de l'art. 13 CLaH80 au retour de l'enfant sont réalisées, de sorte que celui-ci ne doit pas être ordonné.

Il est acquis que la résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement, était en Afrique du Sud, pays dans lequel il est né et où il a vécu les huit premières années de son existence (étant actuellement âgé de près de neuf ans). Il est également acquis que selon les dispositions applicables du droit sud-africain, au dossier et non contestées, les deux parents disposaient conjointement des droits parentaux sur l'enfant. Il est d'autre part acquis, et l'attestation des autorités sud-africaines fournie par le requérant en conformité à l'art. 15 CLaH80 le confirme, que le déplacement, *i.e.* le non-retour, de l'enfant était illicite. Il est acquis enfin que la requête a été déposée dans le délai prévu par l'art. 12 al. 1 CLaH80, de sorte qu'en principe le retour immédiat de l'enfant doit être ordonné.

- 3.** Reste l'examen des conditions de l'art. 13 CLaH80, invoqué par la citée, opposante à la requête, permettant le cas échéant de renoncer au prononcé du renvoi.

3.1 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 toute 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, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, consid.6.3.2).

Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit dans tous les cas être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 23 décembre 2014, consid. 6.2.2).

3.2 Au vu des principes rappelés ci-dessus, l'on constate d'emblée que les conditions à une exception au prononcé du retour ne sont pas réalisées dans le cas présent.

En effet, d'une part, le requérant, qui avait permis la sortie du territoire sud-africain de l'enfant avec sa mère pour une durée relativement courte et prédéterminée par la signature d'une autorisation de voyage, n'a jamais acquiescé au non-retour de l'enfant, mais au contraire a, d'entrée de cause, entamé des démarches en vue du retour.

Aucun élément ne figure non plus au dossier à l'appui des allégations de la mère quant au fait que celui-ci n'aurait pas exercé de manière satisfaisante son droit de garde au moment du déplacement. Au contraire, il ressort des déclarations de l'enfant, relatées par le curateur, que celui-ci avait du plaisir en compagnie de son père, avec lequel il pratiquait des activités variées et diverses.

D'autre part, les allégations de la citée relatives à l'alcoolisme, voire à la consommation de stupéfiants, du requérant ne sont corroborées par aucun élément au dossier. Pour le surplus, il n'existe *prima facie* aucun danger au retour de l'enfant, ni en ce qui concerne le requérant lui-même (pour autant que cela ait encore une pertinence), ni en ce qui concerne la situation dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant, et précisément à l'endroit du territoire de cet Etat où il résidait. En particulier, il ne ressort en aucune façon du dossier que l'environnement dans lequel l'enfant évoluait pourrait apparaître comme intolérable du fait de l'instabilité politique ou d'un climat de violence qui y règnerait. Le dossier renseigne, au contraire, que l'environnement dans lequel l'enfant résidait avant son enlèvement était stable et adéquat, de sorte qu'aucune des exceptions prévues par l'art. 13 al. 1 CLaH80 n'est réalisée.

Il en découle que le retour de l'enfant doit être ordonné et la requête admise.

3.3 Au sens de l'art. 1 let. a CLaH80, le retour doit être immédiat. Toutefois, afin de laisser aux services chargés de l'exécution de l'arrêt et, le cas échéant, au requérant la possibilité d'organiser le retour de manière ordonnée, un délai sera imparti aux autorités d'exécution pour exécuter l'arrêt de ce jour, postérieurement à la fin de l'année scolaire.

Dans cette mesure, il appartiendra au Service de protection des mineurs de préparer et d'organiser le retour en exécution du présent arrêt de manière à garantir le retour de l'enfant d'ici au 12 juillet 2017, cas échéant avec le concours de la force publique.

3.4 Au vu de l'issue de la procédure, les conclusions préalables des parties, de même que les conclusions provisionnelles, n'ont plus d'objet.

-
4. 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, l'Afrique du Sud 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 5'150 fr. 05, comprenant les frais de représentation de l'enfant de 4'150 fr. 05 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_346/2012 consid. 6; arrêt du Tribunal fédéral 5A_840/2011 consid. 6) seront mis à la charge de la mère de l'enfant qui succombe et laissés provisoirement à la charge de l'Etat du fait de l'octroi de l'assistance judiciaire.

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 sud-africaines compétentes.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable la requête en retour de l'enfant A_____, né le 1_____, formée en date du 13 avril 2017 par B_____.

Au fond :

Ordonne le retour immédiat de l'enfant A_____, né le 1_____, de nationalité sud-africaine à son lieu de résidence habituelle en Afrique du Sud d'ici au **12 juillet 2017**, au plus tard.

Charge le Service de protection des mineurs de préparer et d'exécuter le retour ordonné, au besoin avec le concours de la force publique.

Prescrit que les mesures prononcées antérieurement par la Cour de justice sont maintenues jusqu'au retour effectif de l'enfant A_____ en Afrique du Sud.

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

Sur les frais :

Met les frais judiciaires arrêtés à 5'150 fr. 05, comprenant les frais de représentation de l'enfant de 4'150 fr. 05, à charge de C_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève, vu l'octroi de l'assistance judiciaire.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Marie NIERMARECHAL, 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.