

CHAMBRE DES CURATELLES

Arrêt du 8 juin 2018

Composition : M. KRIEGER, président
Mmes Kühnlein et Bendani, juges
Greffière : Mme Paschoud-Wiedler

Art. 5, 7, 15 CLaH96 et 16 CLaH80

La Chambre des curatelles du Tribunal cantonal prend séance pour statuer sur le recours interjeté par **H.**_____, à [...], contre la décision de déclinatoire rendue le 28 mars 2018 par la Juge de paix du district de Nyon dans la cause concernant l'enfant **O.**_____.

Délibérant à huis clos, la Chambre voit :

En fait :

A. Par décision du 28 mars 2018, la Juge de paix du district de Nyon (ci-après : la juge de paix) a accusé réception de la requête de mesures provisionnelles déposée le 23 mars 2018 par H._____ et a décliné sa compétence en application des art. 5 et 7 CLaH96 (Convention 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 ; RS 0.211.231.011).

En substance, la première juge a considéré qu'en application de l'art. 7 al. 2 CLaH96, le déplacement de l'enfant O._____ par sa mère, E._____ en Espagne n'était pas illicite, cette dernière étant alors seule détentrice de l'autorité parentale et donc du droit de garde en application du droit suisse. Elle a ainsi estimé qu'en application des art. 3 let. a et b, et 5 ch. 2 CLaH96, seules les autorités espagnoles étaient compétentes pour connaître de la requête déposée par H._____ en attribution de l'autorité parentale conjointe et du droit de garde.

B. Par acte du 9 avril 2018, H._____ a recouru contre l'ordonnance précitée et conclu « *préalablement à titre provisionnel* », à ce que les parties soient entendues, à ce qu'il soit constaté que l'autorité parentale sur l'enfant O._____ est conjointe, à ce qu'il soit constaté que l'intimée n'est pas en droit de changer le lieu de résidence de l'enfant mineur O._____ sans l'accord préalable du père de ce dernier, à ce qu'il soit constaté que le déplacement de l'enfant mineur O._____ par sa mère E._____ vers l'Espagne et son non-retour en Suisse sont illicites, à l'attribution de la garde exclusive sur l'enfant O._____ à son père pour le cas où sa mère devait refuser de revenir en Suisse, alternativement à l'attribution de la garde partagée sur l'enfant. A titre principal, le recourant a conclu à l'annulation de la décision attaquée et a réitéré ses conclusions prises à titre provisionnel.

Dans son courrier du 11 mai 2018, la juge de paix a indiqué qu'elle n'entendait pas reconsidérer sa décision et s'en est remise à justice.

C. La Chambre retient les faits suivants :

1. H._____ et E._____ sont de nationalité espagnole. De leur relation hors mariage est né O._____ le [...] 2013 à Madrid. Le recourant a reconnu son fils auprès du Registre civil le 29 novembre 2011.

Selon les allégations du recourant, en janvier 2014, E._____ et l'enfant, qui résidaient alors à Madrid, l'ont rejoint à Barcelone. Le recourant travaillait dans cette ville depuis juin 2013, soit avant la naissance de l'enfant.

En septembre 2015, le recourant a été muté en Suisse dans la commune d' [...]. Le couple est venu s'installer dans le canton de Vaud avec leur enfant. O._____ a été scolarisé à l'école maternelle [...] à [...] en France pour la période scolaire 2016/2017 et 2017/2018. Il a fréquenté cet établissement jusqu'au 19 mars 2018.

Selon les déclarations du recourant, en octobre 2017, il aurait découvert que sa compagne entretenait une relation sentimentale avec son beau-frère. Le 19 mars 2018, elle serait soudainement partie avec l'enfant rejoindre son amant en Espagne. Elle n'aurait pas demandé l'accord du recourant pour emmener O._____.

2. Par acte du 23 mars 2018, H._____ a requis - à titre principal et à titre de mesures provisionnelles - de la Justice de paix du district de Nyon que l'autorité parentale conjointe sur l'enfant O._____ ainsi que sa garde lui soient attribuées. Il a également requis qu'interdiction soit faite à E._____ de changer de lieu de résidence de l'enfant sans son accord.

3. Le 4 avril 2018, [...], docteur en droit et Professeure de droit [...] auprès de l' [...] à [...] a établi un avis de droit à la demande de H._____, concernant les droits parentaux et de garde de parents espagnols non mariés à l'égard de leurs enfants communs, en particulier en ce qui concerne la décision unilatérale d'un parent de changer la résidence de l'enfant commun sans le consentement de l'autre parent. Cet avis a été traduit en français par [...], interprète juridique.

Selon la Professeure, en droit espagnol, l'autorité parentale appartient toujours aux deux parents qu'ils soient mariés, divorcés, qu'ils vivent ou non maritalement, ou qu'il s'agisse ou non d'un partenariat enregistré. Elle a relevé que la décision sur le lieu de résidence de l'enfant relevait de l'autorité parentale et non du droit de garde, dans le cas où ce dernier était attribué à l'un des époux en lors d'un divorce ou d'une séparation de fait. Elle a précisé que le lieu de résidence de l'enfant commun ne pouvait jamais être modifié unilatéralement par l'un ou l'autre parent, ni par le parent qui en avait la garde exclusive. Elle a ainsi conclu, que d'un point de vue du droit espagnol, le comportement d'E._____ impliquait un enlèvement international civil illicite de la Suisse vers l'Espagne.

4. Le 6 avril 2018, le recourant a déposé auprès du Tribunal de première instance de [...] une demande de retour de l'enfant O._____.

En droit :

1.

1.1 Le recours est dirigé contre une décision par laquelle la juge de paix a décliné sa compétence.

1.2 Le recours de l'art. 450 CC (Code civil du 10 décembre 1907 ; RS 210) est ouvert à la Chambre des curatelles (art. 8 LVP AE [loi du 29

mai 2012 d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant ; RSV 211.255] et 76 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]) contre toute décision relative aux mesures provisionnelles (Steck, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^e éd., Bâle 2014, n. 21 ad art. 450 CC, p. 2619) dans les dix jours dès la notification de la décision (art. 445 al. 3 CC). Les personnes parties à la procédure, les proches de la personne concernée et les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ont qualité pour recourir (art. 450 al. 2 CC). Le recours doit être dûment motivé et interjeté par écrit (art. 450 al. 3 CC), les exigences de motivation ne devant cependant pas être trop élevées (Steck, op. cit., n. 42 ad art. 450 CC, p. 2624).

L'art. 446 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 314 al. 1 CC, prévoit que l'autorité de protection établit les faits d'office. Compte tenu du renvoi de l'art. 450f CC aux règles du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), si les cantons n'en disposent pas autrement (TF 5A_353/2017 du 30 août 2017 consid. 3.2), l'art. 229 al. 3 CPC est applicable devant cette autorité, de sorte que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis jusqu'aux délibérations. Cela vaut aussi en deuxième instance (Steck, op. cit., n. 7 ad 450a CC, p. 2626 et les auteurs cités ; TF 5A_367/2016 du 6 février 2017 consid. 5). En matière de protection de l'adulte et de l'enfant, la maxime inquisitoire illimitée est applicable, de sorte que les restrictions posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux sont inapplicables (cf. JdT 2011 III 43 ; CCUR 28 février 2013/56).

La Chambre des curatelles doit procéder à un examen complet de la décision attaquée, en fait, en droit et en opportunité (art. 450a CC), conformément à la maxime d'office et à la maxime inquisitoire, puisque ces principes de la procédure de première instance s'appliquent aussi devant l'instance judiciaire de recours (Droit de la protection de l'enfant, Guide pratique COPMA, Zurich/St-Gall 2017, [ci-après : Guide pratique COPMA 2017], n. 5.77, p. 180). Elle peut confirmer ou modifier la décision attaquée devant elle. Dans des circonstances exceptionnelles, elle peut

aussi l'annuler et renvoyer l'affaire à l'autorité de protection, par exemple pour compléter l'état de fait sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC, applicable par renvoi des art. 450f CC et 20 LVPAE). Selon les situations, le recours sera par conséquent de nature réformatoire ou cassatoire (Guide pratique COPMA 2017, n. 5.84, p. 182).

Conformément à l'art. 450d CC, la Chambre des curatelles donne à la justice de paix (art. 4 al. 1 LVPAE) l'occasion de prendre position (al. 1), cette autorité pouvant, au lieu de prendre position, reconsidérer sa décision (al. 2).

1.3 En l'espèce, motivé et interjeté en temps utile par le père du mineur concerné, partie à la procédure, le recours de H._____ est recevable. Il en va de même des pièces produites en deuxième instance, si tant est qu'elles ne figurent pas déjà au dossier.

1.4 Par courrier du 14 mai 2018, la juge de paix a relevé qu'elle n'entendait pas reconsidérer sa décision et s'en est remise à justice.

2.

2.1 Le litige revêt un caractère international. S'agissant de mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, la question du droit applicable se résout selon la CLaH96 (art. 1 al. 1 let. b et art. 15 à 22), laquelle a été signée et ratifiée tant par la Suisse que par l'Espagne. En vertu de l'art. 15 CLaH96, dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II de la Convention, les autorités des Etats contractants appliquent en principe leur droit (art. 15 al. 1 et 21 al. 1 CLaH96; TF 5A_1010/2015 du 23 juin 2016 consid. 2 ; TF 5A_864/2014 du 30 janvier 2015 consid. 3). Partant, le droit suisse est applicable.

2.2 Selon l'art. 5 al. 1 CLaH96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

En vertu 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 qu'au moins l'une des deux conditions suivantes est remplie : toute personne 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 ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, et qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, alors que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (let. b). Tant que les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite conservent leur compétence, les autorités de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent prendre que les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'art. 11 CLaH96 (art. 7 al. 3 CLaH96 ; TF 5A_218/2014 du 25 juin 2014 consid. 4.2).

Ainsi, 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, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 al. 2 CLaH96. Le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique donc pas (TF 5A_864/2014 du 30 janvier 2015; TF 5A_146/2014 du 19 juin 2014 consid. 3.1.1).

Il s'ensuit que, dans les relations entre Etats contractants, le changement (licite) de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence (TF 5A 324/2014 du 9 octobre 2014 consid. 5.2 et les références).

Cela étant, dans l'hypothèse d'un déplacement illicite - défini à l'art. 7 al. 2 CLaH96 dans les mêmes termes qu'à l'art. 3 CLaH80 (Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement

international d'enfants ; RS 0.211.230.02) -, l'autorité de l'ancienne résidence habituelle conserve sa compétence pour prendre des mesures jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que, de surcroît, l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant (Bucher, L'enfant en droit international privé, Paris/Bâle 2003, n° 522 p. 180 ; TF 5A_1010/2015 du 23 juin 2016 consid. 4.1).

Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite au sens de l'art. 7 al. 2 CLaH96 (comme de l'art. 3 CLaH80) lorsqu'il 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), et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour (let. b).

En matière internationale, le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 3 let. b CLaH96; art. 5 let. a CLaH80). Pour déterminer le ou les parent (s) titulaire (s) 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 immédiatement avant le déplacement (pour la CLaH80 : ATF 133 III 694 consid. 2.1.1; TF 5A_884/2013 du 19 décembre 2013 consid. 4.2.1; TF 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 4.3, SJ 2013 I p. 29, PJA 2012 p. 1630, JdT 2013 II p. 152). Ce moment est également déterminant pour juger de l'illicéité du déplacement (TF 5A_713/2007 du 28 février 2008 consid. 3, PJA 2008 p. 1312 , FramPra.ch 2008 p. 703 et les références).

2.3 Selon l'art. 156 du Code civil espagnol (CC esp.) l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents ou par l'un des parents avec le consentement exprès ou tacite de l'autre. Les actes accomplis par l'un d'entre eux conformément à l'usage et aux circonstances sociales ou dans des situations d'urgence sont valables.

En cas de désaccord, l'un ou l'autre peut s'adresser au juge qui, après avoir entendu les deux parents, ainsi que l'enfant s'il possède la maturité suffisante et, en tout état de cause, s'il a plus de douze ans, confère au père ou à la mère le pouvoir de décider. Si les désaccords se répètent ou s'il existe une autre cause qui entrave sérieusement l'exercice de l'autorité parentale, il peut l'attribuer entièrement ou partiellement à l'un des parents ou répartir les fonctions entre eux. Cette mesure est en vigueur pour une période restant à fixer, qui ne peut être supérieure à deux ans.

Dans les cas des paragraphes précédents, à l'égard des tiers de bonne foi, chaque parent est présumé agir dans l'exercice ordinaire de l'autorité parentale avec le consentement de l'autre.

En cas d'absence, d'incapacité ou d'impossibilité de l'un des parents, l'autorité parentale est exercée exclusivement par l'autre parent.

Si les parents vivent séparément, l'autorité parentale est exercée par celui avec lequel l'enfant vit. Cependant, le Juge peut, à la demande motivée de l'autre parent, dans l'intérêt de l'enfant, accorder l'autorité parentale au demandeur pour qu'elle soit exercée conjointement avec l'autre parent ou répartir les fonctions inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale entre le père et la mère.

2.4 En l'espèce, au moment de la naissance de l'enfant O._____, le 26 novembre 2013, la mère vivait seule à Madrid. Elle n'a rejoint le père à Barcelone qu'en janvier 2014. Au regard du droit espagnol, l'enfant est donc né de parents vivant séparément et l'autorité parentale était à ce moment exercée exclusivement par la mère. Le recourant a produit un avis de droit, établi à sa demande, qui atteste que l'autorité parentale s'exerce conjointement même si les parents ne sont pas mariés, mais qui passe sous silence le dernier alinéa de l'article 156 CC esp. qui s'applique en cas de vie séparée des parents, lequel pourrait tout aussi bien trouver application. En outre, on relèvera qu'en première instance, le recourant a

requis que l'autorité parentale soit conjointement attribuée aux deux parents si bien que ses conclusions en constatation d'un exercice conjoint de l'autorité parentale devant l'autorité de céans paraissent non seulement nouvelles mais aussi surprenantes. Néanmoins, la question peut être laissée ouverte, au vu de ce qui suit.

3. Se pose la question de la saisine des autorités suisses alors même qu'une demande de retour a été déposée devant les autorités espagnoles.

A cet égard, l'art. 16 CLah80 prévoit que, après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'art. 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite. Même s'il a été considéré par l'autorité de céans, dans le cadre de l'examen de sa compétence, que le déplacement de l'enfant O. _____ en Espagne pourrait ne pas être illicite, cette appréciation ne lie pas les autorités espagnoles saisies d'une demande de retour. En conséquence, tant que la procédure de retour est pendante en Espagne, les autorités suisses ne pourront pas rendre une décision concernant l'autorité parentale ou le lieu de résidence, sous peine de violer la CLah80.

En conséquence, la décision doit être annulée et le dossier renvoyé à la Justice de paix qui suspendra l'examen de la requête du père jusqu'à ce que les autorités espagnoles aient statué. Il faut en outre préciser que si les autorités espagnoles devaient considérer que l'autorité parentale ne s'exerçait pas conjointement et ne pas ordonner le retour d'O. _____, alors le juge suisse devra encore se demander si l'enfant s'est constitué une nouvelle résidence habituelle en Espagne ce qui aurait pour conséquence l'incompétence des autorités suisses.

4. En conclusion, le recours de H._____ est admis, la décision annulée et le dossier renvoyé à la Justice de paix du district de Nyon pour qu'elle procède dans le sens des considérants.

Sur le vu de ce qui précède, les frais judiciaires de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais, par 300 fr., effectuée par le recourant lui est restituée.

Quand bien même il obtient gain de cause, le recourant n'a pas droit à des dépens de deuxième instance, la justice de paix n'ayant pas qualité de partie, mais d'autorité de première instance, de sorte qu'elle ne peut pas être condamnée à des dépens (Tappy, CPC commenté, n. 34 ad art. 107 CPC ; JdT 2001 III 121).

Par ces motifs,
la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé à la Justice de paix du district de Nyon pour qu'elle procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat, l'avance de frais, par 300 fr. (six cents francs), étant restituée au recourant H._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Maud Udry-Alhanko, av. (pour H. _____),

et communiqué à :

- Mme la Première juge de paix du district de Nyon.

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les dix jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :