



5A_329/2022

Arrêt du 2 novembre 2022

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
von Werdt et Schöbi.
Greffière : Mme de Poret Bortolaso.

Participants à la procédure

A._____, représenté par Me Marie Berger, avocate,
recourant,

contre

B._____,
représentée par Me Mathilde Ram-Zellweger, avocate,
intimée,

**Tribunal de protection de l'adulte et de
l'enfant du canton de Genève,**
rue des Glacis-de-Rive 6, 1207 Genève.

Objet

protection de l'enfant et requête en retour (incompétence
de l'autorité saisie),

recours contre la décision de la Cour de justice du
canton de Genève, Chambre de surveillance, du
4 avril 2022 (C/4721/2022-CS DAS/87/2022).

Faits :

A.

C._____, née en 2020 en Birmanie, est la fille de A._____, de nationalité française, et de B._____, de nationalité birmane.

Les parties ne sont pas mariées et s'accordent à dire qu'elles sont séparées depuis l'été 2021, à savoir peu après que la mère et l'enfant aient quitté la Birmanie pour rejoindre la famille de A._____ en France.

A._____, qui est employé de l'Organisation D._____ (ci-après: D._____) à U._____, prétend que sa fille aurait vécu auprès de lui dans cette ville depuis le mois d'octobre 2021. La mère, qui vivait à la frontière française affirme en revanche que l'enfant serait toujours restée auprès d'elle.

B.

B.a Le 11 mars 2022, affirmant que sa fille avait été enlevée à U._____ par sa mère, A._____ a déposé une requête devant le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant du canton de Genève (ci-après: le tribunal), concluant, sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles ainsi qu'au fond, à ce que le tribunal ordonne le retour immédiat de la mineure à U._____ auprès de lui, de même que la restitution, par la mère à lui-même, de tous les documents d'identité de l'enfant, à ce qu'il soit fait interdiction à la mère, sous la menace de l'art. 292 CP de quitter le territoire suisse avec la mineure et de s'approcher à moins de 100 mètres de celle-ci ou du domicile de son père, à ce qu'il ordonne l'inscription de l'interdiction de sortie du territoire pour la mineure dans les registres RIPOL, à ce qu'il lui attribue la garde exclusive de la mineure, à ce qu'il réserve à la mère un droit de visite surveillé selon des modalités à déterminer au cours de la procédure, à ce qu'il instaure une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et, subsidiairement, à ce qu'il lui attribue en outre l'autorité parentale conjointe.

Par ordonnance du 17 mars 2022, estimant les autorités genevoises incompetentes, le tribunal a déclaré irrecevable la requête visant à ce que soit ordonné le retour de l'enfant auprès de lui et rejeté les conclusions contenues dans la requête dans la mesure de leur recevabilité.

B.b Statuant sur le recours que lui a adressé A._____ le 28 mars 2022, la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de

Genève (ci-après: la chambre de surveillance ou la cour cantonale) l'a rejeté le 4 avril suivant.

C.

Agissant le 5 mai 2022 par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral, A._____ (ci-après: le recourant) conclut à l'annulation de l'ordonnance rendue par la cour cantonale; réclamant qu'il soit dit que la requête déposée le 11 mars 2022 est recevable et que le tribunal et la chambre de surveillance sont compétents pour en connaître, il reprend principalement les conclusions formulées devant le tribunal et requiert subsidiairement le renvoi de l'affaire à la cour cantonale pour instruction et reddition d'une décision à bref délai sur mesures provisionnelles et au fond. Plus subsidiairement, le recourant se limite à réclamer le renvoi de l'affaire à la cour cantonale pour instruction et reddition d'une décision à bref délai sur mesures provisionnelles et au fond, sans constatation de la recevabilité de sa requête et de la compétence des autorités judiciaires genevoises.

Invitées à se déterminer, la cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt; l'intimée conclut au rejet du recours.

Les parties ont répliqué et dupliqué.

D.

Il apparaît que le recourant a parallèlement ouvert une procédure afin d'obtenir le retour de l'enfant en Suisse, conformément à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80). Selon le recourant, les autorités françaises attendraient l'issue de la présente procédure avant de décider d'assigner ou non l'intimée dans le contexte du déplacement prétendument illicite de l'enfant.

Considérant en droit :

1.

Les conditions du recours en matière civile sont ici réalisées (art. 90, 72 al. 1, 75 al. 1 et 2, 76 al. 1 let. a et b, 100 al. 1 LTF), étant précisé que la cause n'est pas de nature pécuniaire.

2.

Se pose la question de la compétence des juridictions genevoises pour statuer, au fond et à titre provisionnel, sur les mesures de protection sollicitées par le recourant en faveur de sa fille, prétendument enlevée par sa mère à U._____.

2.1 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF); cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été invoqué et motivé par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Par ailleurs, le Tribunal fédéral peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire selon l'art. 9 Cst. (ATF 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2), ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

3.

Il résulte du dossier que l'intimée a quitté le territoire suisse avec sa fille le 6 mars 2022 et que celles-ci se trouveraient depuis lors à V._____ en France. Le recourant prétend que sa fille avait sa résidence habituelle en Suisse avant son départ; l'intimée soutient au contraire que l'enfant aurait toujours vécu en France auprès d'elle.

3.1 En matière de protection des enfants, l'art. 85 LDIP prévoit que 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 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 des enfants (CLaH96; RS 0.211.231.011). La Suisse et la France sont parties à cette convention, en sorte que celle-ci est applicable.

3.1.1 Conformément à l'art. 5 CLaH96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État 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 (§1). En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (§2). Le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique donc pas (ATF 143 III 193 consid. 2; arrêts 5A_281/2020 du 27 avril 2021 consid 3.1; 5A_21/2019 du 1^{er} juillet 2019 consid. 5.1 et les références). Il s'ensuit que, dans les relations entre États contractants, le changement (licite) de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence (arrêts 5A_281/2020 précité ibid.; 5A_21/2019 précité ibid., et les références; 5A_293/2016 du 8 août 2016 consid. 3.1).

Cela étant, dans l'hypothèse d'un déplacement illicite – défini à l'art. 7 §2 CLaH96 dans les mêmes termes qu'à l'art. 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; 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 État et que, de surcroît, l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant (arrêt 5A_281/2020 précité ibid. et les références), seconde condition que l'art. 7 §1 let. b CLaH96 illustre en prévoyant que l'enfant doit ainsi avoir résidé dans l'autre État 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 il se trouvait, qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

3.1.2 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 (ATF 110 II 119 consid. 3; arrêts 5A_933/2020 du 14 avril 2021 consid. 1.1 et les références; 5A_846/2018 du 6 novembre 2018 consid. 4). 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 (arrêt 5A_933/2020 précité *ibid.* et les références). 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 (ATF 129 III 288 consid. 4.1; arrêt 5A_933/2020 précité *ibid.* et les références). 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 5A_933/2020 précité *ibid.* et les références).

3.1.3 Conformément à 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 États contractants appliquent en principe leur droit (arrêts 5A_281/2020 précité consid. 3.4; 5A_864/2014 du 30 janvier 2015 consid. 3 et la référence). La maxime inquisitoire illimitée s'applique ainsi lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC). En vertu de ce principe, le juge a l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 et les références). Les parties ne supportent généralement ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves, même si la maxime inquisitoire doit être relativisée par leur devoir de collaborer, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués (ATF 139 V 176 consid. 5.2; 128 III 411 consid. 3.2.1).

3.2

3.2.1 Il s'agit de relever d'emblée qu'en tant que l'enfant n'était plus en Suisse lors du dépôt de la requête, le prononcé de l'interdiction de

quitter le territoire suisse et de s'approcher de l'enfant est manifestement irrecevable, le recourant n'y ayant pas d'intérêt. Les autorités genevoises n'apparaissent par ailleurs pas compétentes pour prononcer son retour. Le recourant doit agir par le biais de la procédure prévue par l'art. 8 CLaH80, ce qu'il a finalement fait (*supra* let. D).

Il n'en demeure pas moins que le recourant sollicite le prononcé, au fond et à titre provisionnel, de différentes mesures de protection prévues par l'art. 3 CLaH96 (notamment: attribution du droit de garde, droit de visite en faveur de la mère, attribution à titre subsidiaire de l'autorité parentale conjointe), circonstance nécessitant ici de déterminer si, comme il le prétend, la résidence habituelle de sa fille était bien en Suisse avant son déplacement prétendument illicite, condition nécessaire à fonder la compétences des autorités suisses pour prononcer des mesures de protection en sa faveur (art. 5 et 7 CLaH96).

3.2.2 La cour cantonale a retenu que le recourant ne démontrait pas que l'enfant aurait eu sa résidence habituelle en Suisse, pas plus que lui-même ou l'intimée. Elle s'est à cet égard limitée à succinctement relever qu'il ne ressortait pas des registres officiels que les parties et leur fille auraient été résidentes à U._____ et que rien de plus ne pouvait être déduit à ce sujet des pièces produites par le recourant.

3.3 Celui-ci attaque cette motivation sous différents angles.

3.3.1 Il reproche d'abord à la cour cantonale d'avoir violé son droit d'être entendu sous l'angle d'un défaut de motivation de la décision attaquée, de même que sous celui d'un déni de justice formel, prétendant à ce dernier égard que le défaut d'entrée en matière des autorités cantonales genevoises l'empêcherait d'obtenir une décision sur les droits parentaux relatifs à sa fille.

Ces critiques doivent être écartées. Bien que la motivation cantonale soit succincte, l'on comprend que la Cour de justice n'a pas jugé les preuves produites par le recourant comme étant aptes à démontrer l'existence d'une résidence habituelle de l'enfant à U._____. Aucun déni de justice formel ne peut par ailleurs être retenu en tant que le recourant a bien obtenu une décision; les critiques soulevées dans ce contexte relèvent du fond.

3.3.2

3.3.2.1 Le recourant soutient également que la cour cantonale aurait arbitrairement apprécié les preuves et établi les faits. Il reproche à cet

égard à la juridiction cantonale d'avoir arbitrairement jugé déterminant le défaut d'inscription des parties et de leur fille dans un registre public et lui oppose de ne pas avoir expliqué les raisons pour lesquelles elle ne tenait pas compte des preuves probantes qu'il avait produites et qui démontraient pourtant la résidence habituelle de l'enfant auprès de lui à U._____, à savoir: les factures médicales de l'enfant avec son adresse à U._____, ses démarches pour l'inscrire auprès de la Mission permanente suisse, les échanges entre les parties au contenu explicite à ce sujet, la déclaration de sa tante attestant qu'il vivait à U._____, les photos de sa fille dans sa chambre à U._____ et au pied de l'immeuble ou encore ses nombreuses démarches effectuées dès l'enlèvement.

Le recourant dénonce également la violation crasse de l'art. 296 al. 1 CPC, affirmant que l'autorité cantonale n'aurait ni tenu compte, ni apprécié les pièces pertinentes qu'il avait produites, ni mené la moindre mesure d'instruction qui aurait pu dissiper un doute éventuel. Il relève que l'intimée n'avait même pas été invitée à se déterminer par écrit sur sa requête, laquelle ne lui avait même pas été communiquée; aucune audition des parties n'avait eu lieu, ni même un rapport d'évaluation sociale demandé.

L'intimée, qui soutient que l'enfant serait toujours demeurée auprès d'elle en France, conteste la mise sur pied d'une garde alternée, relève être titulaire de l'autorité parentale et conclut à la licéité de son déplacement à V._____.

3.3.2.2 Les critiques du recourant sont fondées et doivent être admises. Le défaut d'inscription au registre public n'est pas nécessairement déterminant pour fonder la résidence habituelle, ce d'autant plus qu'ainsi qu'il le relève à juste titre, une telle obligation ne lui incombait pas au regard de son statut de membre non suisse du personnel de D._____, bénéficiaire institutionnel auquel l'exemption des prescriptions relatives au séjour en Suisse a été accordé (art. 17 al. 1 let. b et 4 de l'ordonnance relative à loi fédérale sur les privilèges, immunités et facilités ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'État hôte [OLEH; RS 192.121]; art. 3 al. 1 let. i de de la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte [LEH; RS 192.12]; cf. liste des organisations avec lesquelles la Suisse a conclu un accord en matière des privilèges, immunités et facilités du 10 juin 2021, dont D._____).

Si la valeur probante de certaines des pièces produites reste faible pour fonder l'existence d'une résidence habituelle de l'enfant en Suisse avant son déplacement – ainsi: les photos de l'enfant dans une chambre ou devant un bâtiment, l'attestation d'hébergement d'un tiers et une facture de pédiatre – il n'en demeure pas moins que les allégations des parties instaurent un doute à ce sujet: s'il apparaît admis que le recourant bénéficie d'un emploi fixe à U._____ auprès de D._____ et que l'intimée résidait en France voisine avant son départ pour V._____, les déclarations du recourant et de l'intimée se contredisent et ne permettent nullement d'apprécier où l'enfant passait ses journées et qui le prenait concrètement en charge, *a fortiori* où se trouvait le centre effectif de sa vie. Or l'autorité cantonale ne pouvait dissiper cette incertitude en se limitant à constater le défaut de caractère concluant des éléments de preuves fournis par le recourant sans même inviter l'intimée à se déterminer à cet égard ni administrer les preuves de manière à disposer des éléments factuels pertinents pour établir le lieu de résidence habituelle de l'enfant au sens de la CLaH96. Cette détermination est en effet non seulement essentielle pour statuer sur l'applicabilité de cette dernière convention, mais se révèle également décisive afin de déterminer l'éventuelle illicéité du déplacement dans le contexte de la demande de retour que le recourant a déposée (art. 7 §2 CLaH96; art. 3 CLaH80). Dans ces conditions, il faut admettre avec le recourant que la cour cantonale a versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et l'appréciation des preuves et violé la maxime inquisitoire, circonstance la conduisant, sans base suffisante, à renoncer à appliquer la CLaH96.

4.

Il s'ensuit que le recours doit être admis dans la mesure où il est recevable, l'arrêt cantonal doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants. Les frais et dépens sont à la charge de l'intimée qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable, l'arrêt cantonal est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

3.

Une indemnité de 2'500 fr., à verser au recourant à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimée.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant du canton de Genève, à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre de surveillance, et à l'Autorité centrale fédérale, Office fédéral de la justice, Unité droit international privé.

Lausanne, le 2 novembre 2022

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président :

La Greffière :

Herrmann

de Poret Bortolaso