



5A_712/2022

Arrêt du 21 février 2023

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président,
Bovey et De Rossa.
Greffière : Mme Hildbrand.

Participants à la procédure

A. _____,
représenté par Me Sonia Ryser, avocate,
recourant,

contre

B. _____,
représentée par Me Michel Ducrot, avocat,
intimée.

Objet

déplacement du lieu de résidence de l'enfant,
compétence à raison du lieu de l'APEA,

recours contre la décision de la Cour de justice du canton
de Genève, Chambre de surveillance, du 15 août 2022
(C/24484/2019-CS, DAS/182/2022).

Faits :

A.

A.a La mineure C._____, née en 2018 à U._____ (France), est issue de la relation hors mariage entretenue par B._____ et A._____.

Le couple, qui vivait en France, s'est séparé début 2019. B._____ s'est alors installée à Genève avec l'enfant.

A.b Le 3 juillet 2020, les parents ont conclu un accord par-devant le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après: Tribunal), saisi d'une action alimentaire et en fixation des droits parentaux, par lequel l'autorité parentale conjointe a été maintenue sur l'enfant, la garde attribuée à la mère, une garde alternée devant être organisée entre les parents dès la rentrée scolaire 2022, un droit de visite étant fixé en faveur du père pour le surplus.

Un nouvel accord a été passé par-devant le Tribunal par les parties le 29 mars 2021, la mère s'engageant notamment à saisir les autorités avant tout changement du domicile de l'enfant.

A.c Fin septembre 2021, B._____ a, sans solliciter l'accord du père de l'enfant ou d'une quelconque autorité, quitté Genève avec sa fille pour V._____ en Valais, canton dont elle est originaire, où elle est née et où vit sa famille. Elle y a trouvé un emploi en qualité de médecin à raison de deux jours par semaine et continuait à exercer un jour par semaine auprès des Hôpitaux universitaires de Genève, ce contrat prenant toutefois fin au terme de l'année 2022. Elle y vit depuis lors avec l'enfant.

A.d Statuant le 27 octobre 2021 sur requête formée la veille par A._____, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant du canton de Genève (ci-après: Tribunal de protection) a notamment fait interdiction à B._____ de déplacer le domicile de la mineure. Cette décision n'a pas eu d'effet dans la mesure où le déplacement avait déjà eu lieu.

A.e Par ordonnance du 9 mars 2022, le Tribunal de protection s'est déclaré compétent à raison du lieu "pour traiter de la cause afférente à la situation" de la mineure (ch. 1 du dispositif) et a notamment exhorté

B._____ et A._____ à tenter une médiation notamment dans le but de trouver un accord portant sur le domicile de l'enfant d'ici au 30 juin 2022 (ch. 2).

B.

B.a Le 29 mars 2022, B._____ a interjeté un recours contre cette ordonnance, concluant à son annulation du fait de l'incompétence du Tribunal de protection de Genève pour connaître de la cause.

B.b Durant l'été 2022, les parties ont "noyé" (sic) le Tribunal de protection et la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: Chambre de surveillance) de requêtes de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, ainsi que de correspondances, ayant abouti à plusieurs décisions successives de ces deux autorités.

B.c Par décision du 15 août 2022, la Chambre de surveillance a annulé l'ordonnance du 9 mars 2022, dit que le Tribunal de protection n'était pas compétent pour connaître de la cause relative à la mineure domiciliée en Valais et lui a ordonné de transmettre son dossier à l'autorité de protection du domicile de l'enfant.

C.

Par acte du 16 septembre 2022, A._____ forme un recours en matière civile contre cette décision. Il conclut principalement à son annulation et à sa réforme en ce sens qu'il est dit que le Tribunal de protection est compétent pour connaître de la cause relative à la mineure et pour prendre toutes décisions en matière de relations personnelles et mesures de protection vis-à-vis d'elle, que la cause est renvoyée au Tribunal de protection pour suite d'instruction et prise de décision au fond et qu'il est ordonné aux autorités judiciaires valaisannes de transmettre le dossier de la cause au Tribunal de protection. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de la décision querellée, au renvoi de la cause à la Cour de justice pour nouvelle décision dans le sens des considérants et à ce qu'il soit ordonné aux autorités judiciaires valaisannes de transmettre le dossier de la cause au Tribunal de protection.

Invitées à se déterminer, la Cour de justice s'est référée aux considérants de son arrêt et l'intimée a conclu au rejet du recours. Les parties ont répliqué et dupliqué.

Considérant en droit :

1.

Le présent recours est dirigé contre une décision niant la compétence *ratione loci* des tribunaux du canton de Genève pour connaître d'une procédure en attribution des droits parentaux sur un enfant né hors mariage. Dans la mesure où la Chambre de surveillance a dans le même temps ordonné le renvoi de la cause à l'autorité de protection du domicile de l'enfant comme objet de sa compétence, on peut s'interroger sur le caractère final ou incident de la décision (cf. arrêt 9C_822/2019 du 25 mars 2020 consid. 2.1). Cette question peut toutefois rester ouverte dans la mesure où le recours serait recevable dans l'un et l'autre cas en application des art. 90 et 92 al. 1 LTF. Le présent recours a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) ainsi que dans la forme légale (art. 42 al. 1 LTF), contre une décision rendue par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF) dans une cause de nature non pécuniaire constituant une affaire civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF dès lors qu'elle ne porte pas sur une mesure de protection de l'enfant au sens strict (cf. arrêt 5A_762/2020 du 9 février 2021 consid. 1). Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise (art. 76 al. 1 let. a et b LTF).

2.

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 (ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). 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). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte 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). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation (cf. *supra* consid. 2.1).

Dans la partie "En fait" de son écriture (p. 5 s.), le recourant procède à un rappel des "faits essentiels" de la cause. Celui-ci ne peut être pris en considération en tant que les faits qui y sont exposés s'écartent des constatations de la décision entreprise et que le recourant ne démontre pas, de manière conforme au principe d'allégation, qu'ils auraient été arbitrairement établis.

2.3 Selon l'art. 99 al. 1 LTF, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente. Il appartient à la partie recourante de démontrer que les conditions de cette exception sont remplies (ATF 143 V 19 consid. 1.2).

En l'occurrence, les pièces produites par l'intimée à l'appui de sa duplique sont postérieures à l'arrêt querellé et donc irrecevables.

3.

Le recourant soulève un grief de violation de l'art. 301a al. 2 CC. Il reproche à la Chambre de surveillance de ne pas avoir constaté le caractère illicite du déplacement du lieu de résidence de l'enfant en Valais, d'avoir retenu à tort que "la question de la violation par [l'intimée] de la disposition de l'art. 301a al. 2 lit. b CC n'apparai[ssai]t pas évidente" et d'avoir en conséquence nié à tort la compétence des autorités genevoises pour se prononcer sur les droits parentaux en lien avec la mineure.

3.1 Lorsque des parents non mariés exerçant conjointement l'autorité parentale sont en désaccord sur la question de savoir chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter, le choix du lieu de résidence de celui-ci et, partant, l'attribution de la garde, se fait sur décision de l'autorité de protection de l'enfant (art. 298b et 301a al. 1 et 5 CC).

L'art. 301a al. 1 CC prévoit que l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Il en résulte qu'un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant, lorsque le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ou quand le déménagement a

des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (art. 301a al. 2 let. a et b CC). L'exigence d'une autorisation ne concerne que le changement de lieu de résidence de l'enfant (cf. art. 301a al. 2 CC), non celui des parents. L'autorité parentale conjointe ne doit pas priver *de facto* les parents de leur liberté d'établissement (art. 24 Cst.) en les empêchant de déménager (ATF 142 III 481 consid. 2.6; arrêt 5A_916/2019 du 12 mars 2020 consid. 3.1 et la référence, publié in SJ 2020 I 375). Par conséquent, le juge, respectivement l'autorité de protection de l'enfant, ne doit pas répondre à la question de savoir s'il est dans l'intérêt de l'enfant que ses deux parents demeurent au domicile actuel. Il doit plutôt se demander si le bien-être de l'enfant sera mieux préservé dans l'hypothèse où il suivrait le parent qui envisage de déménager, ou dans celle où il demeurerait auprès du parent restant sur place, tout en tenant compte du fait que la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien pourront toujours être adaptées en conséquence en application de l'art. 301a al. 5 CC (ATF 142 III 502 consid. 2.5; 142 III 481 consid. 2.6; arrêt 5A_916/2019 précité *ibid.* et les autres références).

Les motifs du déménagement peuvent jouer un rôle, mais dans une mesure limitée. A supposer néanmoins que ceux-ci reposent sur une volonté d'éloigner l'enfant de l'autre parent, les capacités éducatives du parent qui souhaite partir peuvent alors être mises en doute (ATF 142 III 481 consid. 2.7 et la référence). Enfin, quant au déménagement lui-même, ses grandes lignes doivent être établies, le consentement de l'autre parent, ou respectivement la décision de l'autorité qui se substitue à cet accord devant reposer sur une base concrète (ATF 142 III 481 consid. 2.8).

3.2 La Chambre de surveillance a considéré que la question de la violation par l'intimée de l'art. 301a al. 2 let. b CC n'apparaissait pas évidente dans la mesure où le changement de domicile, s'il a effectivement pour effet de devoir revoir les modalités fixées et envisagées pour le futur des relations personnelles entre le père et l'enfant, n'avait pas *prima facie* "des conséquences importantes" sur celles-ci. Certes, la garde alternée prévue était compromise. Cela étant, la Chambre de surveillance a estimé que les relations suivies entre le père et l'enfant continuaient depuis lors, l'intimée organisant les déplacements et ayant proposé l'accroissement du nombre de week-ends et de vacances passés avec le père pour compenser les jours perdus sur semaine du fait de la distance. S'agissant de cette dernière, force était selon elle d'admettre qu'elle était à relativiser, le Valais romand étant également frontalier, comme Genève, de la

Haute-Savoie où était domicilié le père au moment de la reddition de l'arrêt querellé. Cette question pouvait toutefois rester indéfinie. En effet, dans la mesure où la garde principale de l'enfant était exercée par la mère, le domicile dérivé de l'enfant avait suivi celui de sa mère en application de l'art. 25 al. 1 CC. Celle-ci ayant déplacé son domicile de Genève en Valais à fin septembre 2021, le domicile de l'enfant avait changé *ipso facto* au même moment. Or ce n'était qu'en date du 26 octobre 2021 que le père avait saisi le Tribunal de protection de la requête ayant fait l'objet de la décision dont était recouru. Par conséquent, dans la mesure où l'enfant était alors domiciliée en Valais, c'était l'autorité de protection de ce canton qui était compétente pour prendre les mesures visées tant par l'art. 275 que par l'art. 315 CC. Le Tribunal de protection n'était pas compétent pour se prononcer sur la requête, de sorte que le recours devait être admis, l'ordonnance attaquée annulée, l'autorité de protection de Genève déclarée incompétente *ratione loci* pour statuer relativement à la mineure concernée, sans préjudice de la compétence du Tribunal de première instance saisi d'une autre procédure ne faisant pas l'objet de la présente décision.

3.3 En l'occurrence, il ressort de l'arrêt querellé que les parties, qui étaient toutes deux domiciliées en France au moment de la naissance de l'enfant, sont au bénéfice de l'autorité parentale conjointe sur cette dernière en application des art. 371-1 et 372 du Code civil français. Il s'ensuit que l'art. 301a al. 2 CC était en principe applicable et son application en l'espèce devait être examinée par la Chambre de surveillance. En effet, le principe retenu par cette autorité selon lequel le domicile de l'enfant suit celui du parent qui en a la garde principale au sens de l'art. 25 al. 1 CC est pertinent lorsque le parent en question est seul détenteur de l'autorité parentale, dans les cas énumérés à l'art. 301a al. 2 CC qui ne nécessitent pas d'accord préalable de l'autre parent, du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant ou encore lorsqu'un tel accord a été obtenu. En revanche, si l'on ne se trouve pas dans l'un de ces cas de figure, le déplacement de l'enfant est illicite, de sorte que l'on ne peut pas considérer qu'il s'est valablement constitué un domicile au lieu où il a été déplacé. Contrairement à ce que semble penser l'autorité cantonale, le fait que le Tribunal de protection n'ait été saisi qu'après que le déménagement est intervenu n'exclut pas l'application de l'art. 301a al. 2 CC, sauf à vider cette disposition de sa substance à chaque fois que l'autre parent est mis devant le fait accompli s'agissant d'un déménagement intervenu sans l'accord requis. Au même titre, et contrairement à ce que semble penser l'intimée, le fait qu'aucune sanction civile ne soit prévue en cas

de déplacement de l'enfant intervenu sans le consentement nécessaire ne signifie pas pour autant que l'art. 301a al. 2 CC n'est pas applicable ni que le déplacement ne peut être qualifié d'illicite lorsqu'il intervient en violation de cette norme. A cet égard, il sera rappelé qu'une "sanction indirecte" est possible par un transfert de la garde à l'autre parent pour autant que les conditions d'une telle attribution soient remplies (cf. ATF 144 III 10 consid. 5) et que le fait qu'un déménagement soit intervenu dans le but d'éloigner l'enfant de l'autre parent sera pris en compte dans l'évaluation des capacités éducatives du parent qui souhaite partir (cf. *supra* consid. 3.1). Enfin, en tant que l'intimée soutient que le Tribunal fédéral a clairement rejeté toute volonté d'imposer une obligation factuelle de résidence assimilable à une "prison pour les mères" ("*Müttergefängnis*"; cf. ATF 142 III 481 consid. 2.5) et qu'il ne serait pas concevable de revenir sur cette jurisprudence comme le souhaitait le recourant, elle se méprend manifestement sur le sens à lui donner. En effet, l'arrêt cité par l'intimée ne fait que rappeler le principe selon lequel l'autorité parentale conjointe ne peut pas être utilisée pour priver *de facto* les parents de leur liberté d'établissement (cf. *supra* consid. 3.1). Le fait que chaque parent demeure libre de déménager où bon lui semble ne comprend toutefois pas la liberté d'emmener l'enfant avec lui quand bien même le parent en question serait au bénéfice de la garde exclusive sur celui-ci. Cette conception aurait également pour effet de vider l'art. 301a al. 2 CC de sa substance, ce qui n'est pas admissible.

La Chambre de surveillance a certes laissé entendre que l'art. 301a al. 2 let. b CC ne serait pas applicable dans le cas d'espèce, faute pour le déménagement d'avoir eu des conséquences importantes sur les relations personnelles entre le recourant et sa fille. Elle a toutefois en définitive renoncé à trancher cette question au motif que le fait que l'intimée déménage tout en étant au bénéfice de la garde principale sur l'enfant avait eu pour effet de déplacer *ipso facto* le domicile de l'enfant en Valais en application de l'art. 25 al. 1 CC. Or dans la mesure où le recourant n'avait introduit sa requête qu'après le déménagement, il aurait selon elle dû saisir, autant en application de l'art. 275 que de l'art. 315 CC, l'autorité de protection du domicile de l'enfant se situant d'après son appréciation en Valais. Ce raisonnement est erroné dans la mesure où il a pour effet d'exclure l'application de l'art. 301a al. 2 let. b CC dans les cas où le parent détenteur principal de la garde déménage sans solliciter l'accord de l'autre parent également au bénéfice de l'autorité parentale, voire même sans l'en informer. Les parents qui ne respectent pas les réquisits de l'art. 301a al. 2 let. b CC se verraient ainsi avantager et

pourraient librement constituer un nouveau domicile à l'enfant en application de l'art. 25 al. 1 CC en plaçant l'autre parent devant le fait accompli alors que les parents respectant cette disposition se verraient davantage exposés à la possibilité d'un transfert de la garde à l'autre parent puisque l'application de l'art. 301a al. 2 let. b CC induit un (nouvel) examen des conditions d'attribution de la garde. Cette différence de traitement ne peut correspondre à la *ratio legis* de cette dernière disposition.

Il suit de ce qui précède que la Chambre de surveillance a nié la compétence des autorités genevoises sur la base d'un raisonnement erroné, de sorte qu'il se justifie d'annuler l'arrêt querellé et de lui renvoyer la cause afin qu'elle procède à un nouvel examen de la question de la compétence. Elle devra ainsi dans un premier temps examiner si l'art. 301a al. 2 let. b CC s'applique dans le cas d'espèce, ce qui aura pour conséquence de préciser le caractère licite ou non du déplacement du lieu de résidence de l'enfant. Si elle arrive à la conclusion que le déplacement était illicite, elle devra dans un deuxième temps déterminer l'impact de l'illicéité du déplacement sur sa propre compétence pour trancher la question des droits parentaux sur l'enfant. Enfin, si elle s'estime compétente pour trancher cette dernière question nonobstant l'éventuel caractère illicite du déplacement, elle devra déterminer auquel des deux parents la garde sur l'enfant doit être attribuée conformément aux principes dégagés par la jurisprudence (cf. ATF 144 III 469 consid. 4.1; 142 III 617 consid. 3.2.3-3.2.4; 142 III 502 consid. 2.5; 142 III 481 consid. 2.7 et les références).

Vu l'admission du grief de violation de l'art. 301a al. 2 CC, il n'est pas nécessaire de se pencher plus avant sur le grief de violation des art. 24, 25 et 275 CC également soulevé par le recourant, dans la mesure où, compte tenu de l'existence d'une autorité parentale conjointe sur l'enfant, l'examen de l'art. 301a al. 2 let. b CC devait intervenir avant l'application de ces normes. Quant aux faits dont le recourant se plaint qu'ils auraient été établis de manière arbitraire, ceux-ci devront être examinés afin de déterminer si l'art. 301a al. 2 let. b CC s'applique dans le cas d'espèce, de sorte qu'il n'y a pas non plus lieu de donner suite à cette critique.

4.

En conclusion, le recours doit être admis dans la mesure où il est recevable, l'arrêt cantonal annulé et la cause renvoyée à la Chambre de surveillance pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants. Les frais et dépens de la procédure fédérale 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 attaqué annulé et la cause 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 et à la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 21 février 2023

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

Le Président :

La Greffière :

Herrmann

Hildbrand