

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12191/2011

ACJC/1406/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 18 SEPTEMBRE 2012

Entre

M. BX _____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par la 5^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 23 décembre 2011, comparant par Me Caroline Ferrero Menut, avocate, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Mme AX _____, dernier domicile connu _____, intimée, comparant par Me Mike Hornung, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du

EN FAIT

- A.** Par jugement du 23 décembre 2011, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal de première instance s'est déclaré incompétent à raison du lieu (ch. 1 du dispositif), a déclaré la requête irrecevable (ch. 2), a arrêté les frais judiciaires à 700 fr., les a compensés avec l'avance fournie par M. BX _____, les a mis à charge de Mme AX _____ et M. BX _____ pour moitié chacun, a condamné par conséquent Mme AX _____ à verser à M. BX _____ le montant de 350 fr. (ch. 3), a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le premier juge a retenu que la demande de modification des mesures protectrices de l'union conjugale sollicitée par M. BX _____ portait sur l'attribution de la garde de l'enfant C _____, laquelle constituait une mesure de protection de l'enfant. Lors du dépôt de la demande le 17 juin 2011, Mme AX _____ se trouvait avec C _____ aux États-Unis, pays dans lequel elle avait transféré sa résidence habituelle, ainsi que celle de l'enfant. Le Tribunal de première instance a considéré que les États-Unis n'avaient pas ratifié les Convention de la Haye de 1996 et de 1961, de sorte que l'art. 79 al. 1 LDIP devait être appliqué. A teneur de cette disposition, et compte tenu du transfert de la résidence habituelle de l'enfant, les tribunaux genevois étaient incompétents pour statuer sur la demande.

- B. a.** Par acte expédié le 12 janvier 2012 au greffe de la Cour de justice, M. BX _____ forme appel de ce jugement dont il sollicite l'annulation. Il conclut préalablement à ce que la Cour dise et prononce que le ch. 6 du jugement rendu par le Tribunal de première instance le 4 octobre 2010 ne produit aucun effet dès le 17 juin 2011 jusqu'à décision finale et exécutoire dans la présente cause et à ce qu'il soit fait interdiction à toute autorité d'exécuter ce même ch. 6 dudit dispositif, subsidiairement, à ce que Mme AX _____ soit astreinte à fournir des sûretés d'un montant équivalent à celui des contributions d'entretien dès le 17 juin 2011. Principalement, M. BX _____ sollicite que la compétence des tribunaux genevois à raison du lieu soit constatée et, cela fait, à ce que la cause soit renvoyée en première instance, avec suite de frais et dépens.

M. BX _____ fait grief en premier lieu au premier juge de ne pas avoir statué sur sa compétence *ratione loci* s'agissant de la suppression de la contribution d'entretien due à Mme AX _____, constitutif d'un déni de justice formel et d'une violation de son droit d'être entendu. En second lieu, il reproche au Tribunal de première instance d'avoir à tort décliné sa compétence à raison du lieu concernant les conclusions relatives à la garde, l'autorité parentale et la contribution d'entretien de C _____.

En substance, M. BX _____ soutient que bien que les États-Unis n'aient pas encore ratifié la Convention de la Haye de 1996, le premier juge devait tout d'abord déterminer la résidence habituelle de l'enfant, la Convention ne comportant pas de disposition limitant sur le plan géographique les enfants auxquels elle s'applique, contrairement à la Convention de la Haye de 1961. Mme AX _____ n'avait aucun projet aux États-Unis; elle avait d'abord bénéficié d'une autorisation d'entrée sur le territoire valable 90 jours, puis elle s'était rendue au Canada, pour obtenir un visa. Sa résidence habituelle, ainsi que celle de C _____, était ainsi toujours à Genève. Il était pour le surplus impossible de déterminer où elle vivait, dès lors qu'elle avait séjourné dans le A _____, puis en B _____, ensuite à D _____ pour se rendre encore à Genève, puis retourner aux États-Unis.

M. BX _____ indique également que Mme AX _____ viole le droit de garde et commet de ce fait un abus de droit.

b. Dans sa réponse du 13 février 2012, Mme AX _____ conclut au déboutement de M. BX _____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens.

Elle fait valoir que les autorités genevoises sont compétentes pour statuer sur les conclusions de M. BX _____ relatives à sa propre contribution d'entretien. Elle conteste en revanche la compétence des tribunaux genevois pour régler les questions relatives à C _____.

Mme AX _____ indique être partie dans un premier temps aux États-Unis avec son fils pour des vacances. Ayant par la suite "*rencontré quelqu'un sur place*", elle avait décidé de "*s'installer chez cette personne aux États-Unis*". Elle n'avait ainsi plus de domicile en Suisse, sa résidence habituelle se trouvant aux États-Unis.

c. Par décision présidentielle du 27 février 2012, les conclusions préalables de l'appel ont été rejetées.

d. Les parties ont plaidé à l'audience du 20 avril 2012 qui s'est tenue devant la Cour. Elles ont persisté dans leurs conclusions respectives.

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

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Les époux M. BX _____, né le _____ 1972, de nationalité britannique, et Mme AX _____, née le _____ 1968, de nationalité iranienne et suisse, ont contracté mariage le 4 mai 2009 à Genève.

De cette union est issu l'enfant C _____, né le 1^{er} août 2009 à Genève, de nationalité suisse.

b. A la suite d'importantes difficultés, les époux X _____ se sont séparés lors de l'été 2010.

c. Par jugement sur mesures protectrices du 4 octobre 2010, rendu d'entente entre les parties, le Tribunal de première instance a autorisé les époux à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), attribué la jouissance du domicile conjugal à Mme AX _____ (ch. 2), attribué la garde de C _____ à Mme AX _____ (ch. 3), réservé un droit de visite à M. BX _____ sur l'enfant de deux après-midi chaque week-end à élargir à un week-end sur deux en accord avec le curateur (ch. 4), ordonné l'instauration d'une curatelle de surveillance de l'exercice du droit de visite et transmis la cause au Tribunal tutélaire en vue désigner le curateur (ch. 5), donné acte à M. BX _____ de son engagement à verser à Mme AX _____ une contribution mensuelle à l'entretien de la famille de 6'500 fr., dès le 1^{er} octobre 2010, puis de 5'000 fr. dès octobre 2011 (ch. 6), prononcé les mesures pour une durée indéterminée (ch. 7), compensé les dépens (ch. 8), condamné les parties à respecter les dispositions du jugement (ch. 9) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10).

d. Saisi par M. BX _____, le Tribunal tutélaire a ordonné une expertise psychiatrique de la famille le 18 février 2011.

e. Mme AX _____ s'est rendue aux États-Unis à mi-avril 2011 pour y passer des vacances. Elle a informé son époux par courrier du 27 avril 2011 qu'elle partait quelque temps en vacances pour se reposer. L'avocat de Mme AX _____ a confirmé à M. BX _____ que sa cliente se trouvait en vacances aux États-Unis par courrier du 11 mai 2011.

f. Par courrier du 17 mai 2011, l'Office médico-pédagogique a informé le Tribunal tutélaire de ce qu'il lui serait difficile de rendre un rapport dans le meilleur délai comme demandé, la mère et l'enfant ayant quitté la Suisse pour des vacances.

g. Par requête déposée auprès du Tribunal de première instance le 17 juin 2011, M. BX _____ a sollicité des modifications des mesures protectrices de l'union conjugale.

Il a conclu à ce que le Tribunal lui attribue la garde exclusive de C _____, ainsi que l'autorité parentale, réserve à Mme AX _____ un droit de visite sur C _____, ordonne l'instauration d'une curatelle de surveillance du droit de visite, ordonne le dépôt des papiers d'identité de l'enfant en ses mains ou de celles du curateur, condamne Mme AX _____ à verser une contribution pour l'enfant et à

ce que le Tribunal constate que Mme AX _____ n'avait droit à aucune pension en sa faveur.

M. BX _____ a entre autres indiqué avoir été empêché par son épouse d'exercer le droit de visite convenu en faveur de C _____, malgré des injonctions dans ce sens du Service de protection des mineurs et du Tribunal tutélaire. Il n'avait ainsi plus vu son fils depuis le 2 avril 2011.

h. A la suite d'une plainte déposée par M. BX _____ notamment pour enlèvement d'enfant, la Police judiciaire a établi un rapport de renseignements le 7 juillet 2011. Les services de police se sont entretenus téléphoniquement avec Mme AX _____ le 17 juin 2011. Celle-ci leur avait expliqué qu'elle avait rendu visite à sa sœur aux États-Unis, visité le pays et qu'elle était retournée auprès de sa sœur afin de l'assister dans le cadre de son accouchement. Mme AX _____ avait déclaré qu'elle envisageait de revenir en Suisse à la fin de l'été et qu'elle prendrait contact avec son avocat dès son retour.

Il résulte également de l'enquête effectuée par la police que Mme AX _____ avait exercé une activité d'ostéopathe et sous-loué, pour ce faire, une partie d'arcade depuis le mois de février 2010. Elle avait résilié ce contrat de sous-location pour la fin du mois de mai 2011. Le bail de son appartement avait été résilié par la régie pour le 31 juillet 2011 en raison d'un retard de paiement de loyer de trois mois et en l'absence de dépôt d'une garantie de loyer suite au changement du détenteur du bail. Mme AX _____ avait annoncé à la Poste le 24 avril 2011 que son adresse serait à l'avenir chez son avocat.

i. L'expertise ordonnée par le Tribunal a été rendue le 7 juillet 2011 par le Centre universitaire romand de Médecine légale.

Les experts ont considéré que, faute de modification dans les six mois de la relation de Mme AX _____ à C _____, l'attribution de la garde de celui-ci à son père serait recommandée. En l'état, une curatelle d'assistance éducative ainsi qu'un suivi psychologique tant de la mère que de l'enfant était conseillé.

Ils ont constaté que Mme AX _____ souffrait de troubles de la personnalité qui ne lui permettaient pas de voir son enfant tel qu'il était dans la réalité, à savoir un enfant avec des besoins propres. Il s'ensuivait que les démarches et décisions qu'elle prenait n'étaient souvent pas en lien avec la réalité de l'enfant et ne servaient donc pas toujours l'intérêt de l'enfant. Ils ont relevé que la relation entre Mme AX _____ et son fils C _____ comportait certains dangers pour l'évolution de l'enfant qui pourraient aller en s'aggravant (rapport d'expertise p. 49).

Les experts sont arrivés à la constatation que M. BX _____ ne souffrait pas de troubles psychiques, qu'il était bien ancré dans la réalité et voyait son fils tel qu'il était. M. BX _____ était tout-à-fait à même de répondre aux besoins de son fils tant sur la plan physique que psychologique (rapport d'expertise p. 49).

Ils ont relevé que Mme AX _____ était trop centrée sur sa propre problématique et ses propres angoisses pour être capable de voir et répondre aux besoins réels de son fils. Sur le plan physique, elle lui imposait un protocole d'alimentation strict qui ne prenait pas en compte la faim de l'enfant. Mme AX _____ changeant régulièrement de médecin ("tourisme médical"), il existait un risque que C _____ subisse des traitements inappropriés ou répétitifs par manque d'information que la mère pourrait donner aux médecins. Sur le plan psychologique, C _____ était l'objet des projections maternelles, ses difficultés propres n'étant ni entendues ni reconnues par Mme AX _____ et n'étaient en conséquence pas traitées (rapport d'expertise p. 49).

Le rapport à la nourriture entre Mme AX _____ et C _____ n'était pas cohérent.

Les experts ont encore souligné qu'une obstruction au droit de visite du père était préjudiciable pour l'enfant. La présence du père était d'autant plus importante dans cette situation où l'enfant était investi de façon symbiotique par la mère (rapport d'expertise p. 50).

Sur le plan physique, les analyses effectuées n'avaient mis en lumière aucun trouble gastrique chez C _____. Sur le plan psychologique, le Centre de consultation en autisme avait détecté un trouble envahissant du développement. Les experts n'excluaient pas cette hypothèse, des investigations complémentaires devaient encore être faites. Ils ont souligné que Mme AX _____ refusait la prise en charge des troubles psychologiques de C _____ (rapport d'expertise p. 50).

M. BX _____ était conscient de ces troubles et proposait de diminuer son temps de travail et de prendre en charge les trajets de l'enfant pour son traitement (rapport d'expertise p. 50).

Les experts ont également indiqué que Mme AX _____ ne pouvait assumer une autorité parentale complète; une curatelle éducative voire de soins était nécessaire (rapport d'expertise p. 50).

En ce qui concerne le droit de garde de C _____ par Mme AX _____, en l'état actuel des choses, ils ne pensaient pas que cette dernière soit adéquate pour assurer le bien-être de son fils. En effet Mme AX _____ n'avait montré aucune adéquation concernant les soins de base de son fils C _____, tant sur le plan alimentaire que sur le plan du respect des rythmes de l'enfant et de ses besoins

fondamentaux. Elle n'avait en outre aucune cohérence dans les traitements de C _____. Il y avait des risques que Mme AX _____ amène des traitements non-nécessaires pour l'enfant. Elle refusait par ailleurs des traitements fortement recommandés par les professionnels (rapport d'expertise p. 51).

Pour donner une chance à Mme AX _____ et au vu de l'âge de l'enfant, un délai de six mois devait lui être donné pour changer les choses. Sans changements importants de la part de Mme AX _____, ils ne pensaient pas raisonnable pour l'avenir de C _____ de le laisser chez sa mère.

Le père était capable dans l'exercice de l'autorité parentale. Si la mère persistait à se montrer défaillant, le père serait tout-à-fait capable d'avoir l'exercice de la garde de son fils (rapport d'expertise p. 51).

Une curatelle d'assistance éducative permettant de veiller sur les prises en charge médicale et psychologique de C _____ était fortement recommandée; un suivi psychologique de C _____ était primordial pour aider l'enfant à bien évoluer. Il était par ailleurs fortement recommandé à Mme AX _____ de se faire aider sur le plan psychologique, pour lui permettre d'évoluer et pour permettre une évolution de sa relation avec son enfant (rapport d'expertise p. 51).

j. Le 16 septembre 2011, le Service de protection des mineurs s'est adressé au Tribunal tutélaire. Il a indiqué avoir été mandaté pour l'exercice d'une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles. Les droits de visite entre M. BX _____ et son fils C _____, devant avoir lieu chaque samedi et dimanche après-midi, n'avaient jamais pu se mettre en place entièrement.

Il avait par ailleurs été informé des problèmes de santé de C _____, nécessitant rapidement une prise en charge médicale importante. Alors qu'une place dans un centre spécialisé en autisme avait été trouvée pour C _____, Mme AX _____ n'y avait pas donné suite. Il a constaté que sur le plan médico-social, la prise en charge dans une institution spécialisée était possible. Il souligne qu'en partant de Genève, Mme AX _____ avait mis son fils en danger.

k. Exposant que Mme AX _____ avait été vue à Genève le 21 septembre 2011, M. BX _____ a sollicité du Tribunal des mesures superprovisionnelles.

l. Par ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 23 septembre 2011, le Président du Tribunal de première Instance a fait interdiction à Mme AX _____ de quitter le territoire suisse avec l'enfant C _____ et de déposer les papiers d'identité de celui-ci en mains d'un huissier judiciaire. Cette injonction était assortie de l'autorisation du recours à la force publique pour son exécution. Le Président a notamment relevé qu'il convenait de s'assurer de la présence de

l'enfant au cours de la procédure en modification du jugement sur mesures protectrices.

m. Une requête en évacuation pour défaut de paiement du loyer a été dirigée à l'encontre de Mme AX _____ le 5 août 2011. Son conseil a par la suite remis les clés de l'appartement à la régie, les affaires de sa cliente ayant préalablement été déménagées.

Par courriel à son avocat du 19 août 2011, Mme AX _____ a exposé que C _____ vivait dans une grande maison avec un jardin. L'enfant était suivi médicalement pour ses troubles alimentaires.

n. Par mémoire de réponse du 29 septembre 2011, Mme AX _____ a conclu à ce que le Tribunal déclare la requête irrecevable en tant qu'elle contient des conclusions relatives à l'enfant. Vu que celui-ci résidait avec elle aux États-Unis, le Tribunal était incompétent à raison du lieu.

Elle a exposé que suite à son départ aux États-Unis pendant les vacances de Pâques, son époux avait cessé de lui verser la contribution à l'entretien de la famille, de sorte qu'elle n'était plus en mesure de s'acquitter de son loyer. Elle avait par la suite rencontré un compagnon aux États-Unis et avait pris la décision d'y refaire sa vie.

Mme AX _____ a indiqué que compte tenu du jeune âge de son enfant et des problèmes de santé de ce dernier, elle avait dû réduire son taux d'activité d'ostéopathe indépendante. Elle ne faisait plus aucun bénéfice, son travail couvrant les frais de son activité.

Elle avait obtenu, pour elle-même et pour son fils, un visa jusqu'au 29 août 2021. Sa sœur habitait en outre également ce pays.

Mme AX _____ a produit des copies de visa obtenus, sur lesquels il est indiqué «issue date» : 1^{er} septembre 2011, et «expiration date» : 29 août 2021.

Elle n'a produit aucun document concernant sa situation financière, en particulier aucun contrat de bail, ni aucune pièce justifiant de son lieu de résidence aux États-Unis, ni de soins et suivis médicaux réguliers concernant C _____.

Elle n'a remis au Tribunal qu'une attestation d'un centre médical du 14 juillet 2011 indiquant qu'elle avait consulté un médecin de ce centre le 1^{er} juillet 2011, ainsi qu'une page 3 d'un certificat d'assurance hospitalière, non daté et non signé.

o. Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 12 octobre 2011. Mme AX _____ ne s'est pas présentée, son avocat indiquant qu'elle se trouvait

toujours aux États-Unis et qu'elle ne disposait pas des moyens financiers pour venir en Suisse.

M. BX _____ a produit entre autres une attestation de l'Office cantonal de la population du 5 septembre 2011, selon laquelle Mme AX _____ était toujours inscrite comme résidente à Genève.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience, lors de laquelle les conseils des parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions.

p. Il ressort pour le surplus des pièces versées à la procédure ce qui suit :

- Mme AX _____ a sollicité et obtenu en avril 2011 une autorisation de séjour ESTA, lui permettant de se rendre aux Etats-Unis jusqu'au 28 septembre 2012, pour une durée de 90 jours au maximum.

- La section des visas à Berne a confirmé le 1^{er} septembre 2011 que Mme AX _____ n'avait pas fait de demande de visa, pour elle-même ou pour C _____.

- Le 1^{er} septembre 2011, Mme AX _____ a obtenu à D _____ (Canada) un visa américain de type B1/B2, valable jusqu'au 29 août 2021, pour elle et pour C _____.

Le visa B1 est accordé pour des visites d'affaires et le visa B2 pour le tourisme, le bien-être et les traitements médicaux.

Pour obtenir le visa pour les Etats-Unis, les demandeurs doivent fournir des explications sur le but du séjour, démontrer qu'ils vont séjourner aux Etats-Unis durant une période spécifique et limitée, prouver qu'ils disposent des fonds nécessaires pour couvrir leurs dépenses pendant le séjour, et qu'ils ont un domicile en dehors des Etats-Unis ainsi que d'autres liens donnant l'assurance qu'ils retourneront chez eux à la fin de leur visite des Etats-Unis.

E. Les moyens soulevés par les parties seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1.** **1.1.** Dans les affaires patrimoniales, l'appel n'est ouvert que si la valeur litigieuse atteint au moins 10'000 fr. (308 al. 2 CPC). Lorsque la prétention litigieuse porte, comme en l'espèce, sur une prestation périodique de durée indéterminée, le capital déterminant pour la valeur litigieuse correspond au montant annuel de la prestation multiplié par vingt (art. 92 al. 2 CPC).

La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ, L'appel et le recours, in :

Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, n. 39, p. 363). Elle se calcule en fonction de la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance (art. 308 al. 2 CPC). Cette valeur correspond au montant qui était encore litigieux au moment du jugement de première instance, après prise en considération des conclusions admises (acquiescement) ou retirées (désistement) (HOHL, Procédure civile, Tome II, Berne 2010, p. 424 n° 2324 et Message du CPC, p. 6978).

Le jugement sur mesures protectrices dont l'appelant sollicite la modification le condamne à verser 5'000 fr. par mois à titre de contribution d'entretien. Il conclut à la suppression de la pension, de sorte que la valeur litigieuse des prétentions est manifestement supérieure à 10'000 fr. Par ailleurs, la demande d'octroi de la garde est sans valeur pécuniaire.

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.2. L'appel a été interjeté dans le délai de dix jours (art. 271 et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen, tant en fait qu'en droit (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, op. cit., n. 2314 et 2416; RÉTORNAZ, op. cit., p. 349 ss, n. 121).

3. 3.1 Le litige présente un caractère international, en raison de la nationalité étrangère de l'appelant et de l'invocation par l'intimée de sa résidence habituelle et de celle de l'enfant aux États-Unis.

3.2 S'agissant d'une matière internationale au sens de l'art. 1 al. 1^{er} LDIP, la compétence des autorités judiciaires et administratives suisses se détermine d'après la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), sous réserve des traités internationaux (art. 1 al. LDIP).

Les tribunaux suisses du domicile de l'un des époux sont compétents pour ordonner des mesures relatives aux effets du mariage (art. 46 LDIP), qui englobent en principe les mesures protectrices de l'union conjugale requises en vertu des art. 172 ss CC.

En l'espèce, la compétence des autorités genevoises est acquise concernant la modification de la contribution d'entretien due à son épouse telle que sollicitée par l'appelant, la pension découlant manifestement des effets du mariage et l'appelant étant domicilié à Genève.

L'appel se révèle fondé sur ce point. Le jugement entrepris sera en conséquence annulé.

3.3 Aux termes de l'art. 85 al. 1 LDIP, dans sa teneur modifiée au 1^{er} juillet 2009, en matière de protection des enfants, 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 (CLaH 96).

3.4 La notion de résidence habituelle, que les traités internationaux ne définissent pas, revêt un caractère autonome (arrêts du Tribunal fédéral 5A_119/2011 du 29 mars 2011 consid. 6.2.1.1; 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5. = SJ 2010 I p. 193). Elle doit être interprétée conformément au but et à l'esprit de la Convention, indépendante de toute loi nationale des États contractants. En règle générale, la définition de l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP correspond au rôle attribué à la résidence habituelle dans le cadre conventionnel. S'agissant principalement de déterminer la compétence des autorités protectrices, il est important de s'inspirer d'une méthode fonctionnelle et de localiser la résidence habituelle du mineur dans l'Etat où la protection est la mieux assurée en raison de la présence régulière du mineur (BUCHER, Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Bâle, 2011, n. 20 ad art. 85 LDIP).

La vie et la présence physique constituent la condition principale de la résidence habituelle, laquelle doit avoir une certaine durée, même limitée. Un séjour de courte durée ne suffit pas; il faut une présence régulière de quelques mois impliquant une certaine vie, c'est-à-dire l'établissement de certaines relations personnelles ou professionnelles (BUCHER, op. cit., n. 31 ad art. 20 LDIP).

Selon la jurisprudence, la notion de résidence habituelle d'une personne physique correspond à l'endroit où la personne intéressée a le centre de ses relations personnelles et se déduit, non de sa volonté subjective, mais de circonstances de fait extérieurement reconnaissables attestant de sa présence dans un lieu donné. Le plus souvent, le domicile ou la résidence habituelle des personnes assumant la garde de l'enfant constituera aussi pour lui le centre effectif de sa vie et de ses attaches (arrêt du Tribunal fédéral 5C.28/2004 du 26 mars 2004 consid. 3; ATF 129 III 288 consid. 4.1 p. 292 et les citations).

Est ainsi déterminant le centre effectif de vie de l'enfant et de ses attaches. Celui-là peut résulter soit de la durée de fait de la résidence et des relations ainsi créées, soit de la durée envisagée de la résidence et de l'intégration attendue (arrêts du Tribunal fédéral 5A_119/2011 du 29 mars 2011 consid. 6.2.1.1; 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2 in SJ 2010 I 193; 5P.367/2005 du 15 novembre 2005 consid. 5.1 in Frampar.ch 2006 p. 474; 5P.128/2003 du 23 avril 2003 consid. 3.2 in Fampra.ch 2003 p. 720 et les références; ATF 110 II 119 consid. 3).

Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle; la résidence peut également devenir habituelle sitôt après le changement du lieu de séjour, si elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêt (arrêts du Tribunal fédéral 5A_119/2011 du 29 mars 2011 consid. 6.2.1.1; 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2 in SJ 2010 I 193; 5P.367/2005 du 15 novembre 2005 consid. 5.3 et 5.4 in Fampra.ch 2006 p. 474).

La résidence habituelle se détermine d'après des faits perceptibles de l'extérieur et doit être définie pour chaque personne séparément. La résidence habituelle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents au moins. Pour un nouveau-né et un jeune enfant, ses relations familiales avec le parent en ayant la charge sont décisives en tant qu'indice de sa résidence habituelle; les liens de la mère avec un pays englobent en règle générale également l'enfant (ATF 129 III 288 consid. 4.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2 in SJ 2010 I 193; 5C.192/1998 du 18 décembre 1998 consid. 3/b aa in SJ 1999 I 222).

Dans les relations entre Etats contractants, le changement de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence; le principe de la *perpetuatio fori* en vertu duquel lorsqu'un tribunal est localement compétent au moment de la création de la litispendance, il le reste même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite, ne s'applique pas (ATF 132 III 586 consid. 2.2.4 et les réf. citées; 123 III 411 consid. 2a).

Selon la jurisprudence et la doctrine, la compétence suisse au lieu de résidence antérieur du mineur ne cesse pas lorsque la nouvelle résidence habituelle se trouve dans un Etat non contractant. Dans cette hypothèse, le principe de la *perpetuatio fori* l'emporte (ATF 123 III 414 in fine; arrêt du Tribunal fédéral 5A_220/2009 du 30 juin 2009 consid. 4 in SJ 2010 I 169; Obergericht ZH, BIZR 1997 n. 52 p. 132; BUCHER, op. cit., n. 121 ad art. 85 LDIP; BUCHER in : RSDIE 1998 p. 283 ss; SCHWANDER in : PJA 1998 p. 840ss, 842; BUCHER, L'enfant en droit international privé, 2003, n. 338; BIZR 96/1997, n. 52 p. 132; SCHWANDER, Das Haager Kindesschutzübereinkommen von 1996 in : RDT 2009 p. 1ss, en particulier note 46 p. 18; LAGARDE, Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants, in : Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Dix-huitième session 1996, vol. 2, La Haye 1998, n. 42 disponible sur internet : <http://hcch.e-vision.nl>).

Il est admis que la réglementation du droit aux relations personnelles constitue une mesure de protection de l'enfant au sens des Conventions de protection des mineurs (arrêt du Tribunal fédéral 5A_220/2009 consid. 4; ATF 132 III 586).

3.5 En l'espèce, l'appelant a saisi le Tribunal de première instance d'une demande de modification des mesures protectrices de l'union conjugale le 17 juin 2011.

Il a sollicité l'attribution en sa faveur de l'autorité parentale et de la garde de son fils, ainsi que l'octroi d'un droit de visite à son épouse et l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite, conclusions rentrant dans la catégorie des mesures de protection de l'enfant. Il convient dès lors d'examiner où se trouvait la résidence habituelle de l'enfant au moment du dépôt de la demande.

Depuis sa naissance le 1^{er} août 2009, l'enfant a vécu à Genève. Pendant les vacances de Pâques, mi-avril 2011, l'intimée est partie, selon ses propres dires, avec son fils aux États-Unis, pour y passer des vacances et se reposer. Elle a confirmé ces faits par courrier adressé à l'appelant le 27 avril 2011, puis par l'entremise de son conseil le 11 mai 2011. Elle dit avoir ensuite décidé de visiter le pays. Lors d'un entretien téléphonique qu'elle a eu avec la police judiciaire le 17 juin 2011, elle a expliqué qu'elle avait rendu visite à sa sœur aux États-Unis, visité le pays et être retournée auprès de sa sœur afin de l'assister dans le cadre de l'accouchement de celle-ci. Elle a également déclaré qu'elle envisageait de revenir en Suisse à la fin de l'été.

Dans ses écritures, l'intimée allègue, sans le rendre vraisemblable, avoir rencontré, à une date indéterminée, un homme aux États-Unis, chez lequel elle se serait installée. Elle n'allègue ni ne rend d'ailleurs vraisemblable qu'elle serait logée dans la maison de cette personne, dont l'identité est inconnue, qu'elle aurait développé des relations personnelles ou professionnelles dans le pays, ni qu'elle aurait l'intention d'y travailler ou de s'y intégrer d'une quelconque autre manière.

Compte tenu des éléments du dossier, on ignore également quel est le centre effectif de vie de l'enfant. L'intimé s'est contentée d'alléguer, sans le rendre vraisemblable, que l'enfant s'entendrait bien avec la personne avec laquelle il vivrait au États-Unis. Elle n'indique pour le surplus pas qu'elle et/ou son fils auraient créé des relations dans la ville où ils séjourneraient. La Cour retient dès lors que l'enfant n'a pas d'attaches dans le pays, ni l'intimée d'ailleurs. Il n'existe ainsi pas de circonstances de fait extérieurement reconnaissables attestant de la présence de l'intimée et de l'enfant dans un lieu donné.

Par ailleurs, l'intimée s'est rendue aux États-Unis avec l'enfant avec une autorisation de séjour ESTA valable pour 90 jours au maximum. Cette autorisation ne permet pas à l'intimée de travailler dans le pays. Elle n'a pas indiqué précisément combien de temps elle a séjourné dans le pays avant de se rendre à D _____, au Canada, pays dans lequel elle a obtenu un visa le 1^{er} septembre 2011. Elle n'a également pas indiqué pendant quelle durée elle est restée à D _____, ni à quelle date elle serait retournée aux États-Unis. Il n'est par ailleurs pas possible de déterminer si l'intimée et l'enfant séjournent réellement aux États-Unis, aucun élément probant n'ayant à cet égard été versé à la procédure par l'intimée.

Selon les jurisprudences du Tribunal fédéral rappelées ci-avant, aucun élément du dossier ne permet de retenir que la nouvelle résidence de l'intimée serait destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêt qui était à Genève. La résiliation par le bailleur de l'appartement de l'intimée et la restitution des clés par celle-ci ne sont pas suffisants à cet égard, ni la fermeture de son cabinet d'ostéopathie, dès lors que l'intimée, avant son départ pour les États-Unis, n'avait qu'une activité professionnelle restreinte, laquelle ne lui permettait que de couvrir ses charges, et qu'elle dit avoir cessé son activité en raison du non-paiement de la contribution d'entretien par l'appelant.

Par conséquent, la résidence habituelle de l'enfant, au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, se trouvait à Genève au moment du dépôt de la requête, le 17 juin 2011, laquelle fonde la compétence des tribunaux genevois pour statuer sur les mesures de protection de l'enfant.

3.6 Même si l'on devait admettre l'établissement d'une résidence habituelle de l'enfant aux États-Unis - nié en l'espèce-, lors du dépôt de la demande, la compétence des autorités genevoises devrait également être admise, en raison de la nécessité de prendre des mesures de protection de l'enfant (art. 85 al. 3 LDIP).

En effet, des mesures de protection de l'enfant, ressortissant suisse, s'avèrent manifestement indispensables. Il ressort du dossier que depuis la séparation des parties durant l'été 2010, l'intimée a systématiquement fait obstacle aux relations entre l'appelant et l'enfant. Malgré le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 4 octobre 2010, les injonctions du Service de protection des mineurs et du Tribunal tutélaire, ainsi que du Ministère public genevois, l'intimée a persisté à rendre difficile l'exercice du droit de visite.

Il ressort de plus du rapport d'expertise effectué par le Centre universitaire romand de médecine légale que l'intimée ne peut assumer une autorité parentale complète et qu'une curatelle éducative voire de soins est nécessaire. Un suivi psychologique tant de la mère que de l'enfant est conseillé.

Les experts ont mis en évidence que l'intimée souffre de troubles de la personnalité qui ne lui permettent pas de voir son enfant tel qu'il est dans la réalité, à savoir un enfant avec des besoins propres. Les démarches et décisions que l'intimée prend ne sont souvent pas en lien avec la réalité de l'enfant et ne servent donc pas toujours l'intérêt de l'enfant. Ils ont également relevé que la relation entre l'intimée et son fils C _____ comportent certains dangers pour l'évolution de l'enfant qui pourraient aller en s'aggravant.

Le rapport d'expertise met en lumière que l'intimée est trop centrée sur sa propre problématique et ses propres angoisses pour être capable de voir et répondre aux besoins réels de son fils. Elle change régulièrement de médecin ("tourisme

médical"). Sur le plan psychologique, C _____ est l'objet des projections maternelles, ses difficultés propres n'étant ni entendues ni reconnues par l'intimée et ne sont en conséquence pas traitées.

Les experts ont pour le surplus souligné qu'une obstruction au droit de visite du père est préjudiciable pour l'enfant. La présence du père d'autant plus importante dans cette situation où l'enfant est investi de façon symbiotique par l'intimée.

Sur le plan psychologique, le Centre de consultation en autisme a détecté un trouble envahissant du développement. Les experts ont souligné que l'intimée avait refusé la prise en charge des troubles psychologiques de C _____.

Enfin et surtout, en ce qui concerne le droit de garde de C _____ par l'intimée, les experts sont arrivés à la conclusion que l'intimée n'est pas adéquate pour assurer le bien-être de son fils. En effet, l'intimée n'a montré aucune adéquation concernant les soins de base de son fils C _____, tant sur le plan alimentaire que sur le plan du respect des rythmes de l'enfant et de ses besoins fondamentaux. Elle n'avait en outre aucune cohérence dans les traitements de C _____. Il existe des risques que l'intimée amène des traitements non-nécessaires pour l'enfant. Elle refuse par ailleurs des traitements fortement recommandés par les professionnels.

Il ressort également du dossier qu'alors qu'une place dans un centre spécialisé en autisme avait été trouvée pour C _____, l'intimée n'y a pas donné suite, comportement préjudiciable pour l'enfant, en raison des soins dont il doit disposer. Pour le surplus, le Service de protection des mineurs a souligné qu'en partant de Genève, l'intimée a mis son fils en danger.

L'intimée n'a pour le surplus versé à la procédure qu'une seule pièce, datant du 14 juillet 2011, indiquant qu'elle avait consulté le 1^{er} juillet 2011 un centre médical. Elle n'a ni allégué, ni rendu vraisemblable que C _____ serait depuis cette date suivi, ni que des soins lui seraient prodigués.

La Cour retient ainsi que des mesures de protection de l'enfant sont indispensables, pour lui assurer un sain développement sur le plan physique, psychique et intellectuel et un accès aux soins nécessaires, dans un environnement socio-médicalisé adapté à ses besoins.

3.7 Si l'on devait admettre, hypothèse non réalisée en l'espèce, l'établissement de la résidence habituelle de l'enfant aux USA postérieurement au dépôt de la requête, les autorités genevoises seraient compétentes, selon le principe de la *perpetuatio fori*.

En effet, les États-Unis n'ont pas signé la Convention de la Haye de 1961 (CLaH 61), de sorte qu'elle n'est pas applicable au présent cas; il en va de même de la Convention de la Haye de 1996 (CLaH 96), puisque bien que ratifiée, elle

n'a pas encore été signée par les Etats-Unis et n'est pas entrée en vigueur dans ce pays. La doctrine et la jurisprudence constante développées supra arrivent ainsi à la conclusion que la compétence suisse au lieu de la résidence antérieure du mineur ne cesse pas lorsque la nouvelle résidence - niée en l'espèce - se trouve dans un Etat non contractant, de sorte que le principe de la *perpetuatio fori* l'emporte. Les tribunaux genevois sont ainsi également compétents de ce chef.

3.8 Enfin, les tribunaux genevois sont pour le surplus compétents concernant l'enfant, en raison du for de nécessité, prévu à l'art. 3 LDIP.

En effet, il n'est, comme développé sous ch. 3.5, pas possible de déterminer si l'intimée et l'enfant séjournent réellement aux Etats-Unis, aucun élément probant ne figurant dans la présente procédure à cet égard. L'appelant ne peut dès lors introduire une procédure dans ce pays, compte tenu de ce qui précède.

3.9 La compétence des juridictions genevoises est ainsi acquise. L'appel est fondé et le jugement entrepris sera intégralement annulé.

- 4.** L'intimée, qui succombe intégralement, sera condamnée aux frais de première instance et d'appel, comprenant les frais judiciaires et les dépens (art. 95, 106 al. 1 et 3 et 318 al. 3 CPC). Les frais judiciaires de première instance seront arrêtés à 700 fr. (art. 5 et 31 du règlement fixant le tarif des greffes en matières civile du 22 décembre 2010, RTFMC, E 1 05.10), et ceux de deuxième instance à 3'000 fr. (art. 2, 31 et 35 RTFMC), les avances de frais fournies par l'appelant de 700 fr. et 1'500 fr. étant acquises à l'Etat (art. 111 CPC). L'intimée sera en conséquence condamnée à verser 2'200 fr. à ce titre à l'appelant et 1'500 fr. aux services financiers du pouvoir judiciaire. L'intimée sera également condamnée aux dépens de première instance et d'appel de l'appelant assisté d'un conseil en première instance et devant la Cour, arrêtés à 10'000 fr., débours et TVA compris (art. 96 et 105 al. 2 CPC; art. 84, 85, 87 et 90 RTFMC; art. 20 et 21 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par M. BX _____ contre le jugement JTPI/19510/2011 rendu le 23 décembre 2011 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12191/2011-5.

Au fond :

Annule le jugement.

Cela fait et, statuant à nouveau :

Constate la compétence des tribunaux de Genève pour statuer sur les mesures de protection de l'enfant C _____, né le 1^{er} août 2009.

Constate la compétence des tribunaux de Genève pour statuer sur la modification de la contribution d'entretien de Mme AX _____.

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à 3'700 fr., compensés avec les avances de frais fournies, acquises à l'Etat.

Les met à charge de Mme AX _____.

Condamne Mme AX _____ à verser à ce titre à 2'200 fr. à M. BX _____.

Condamne Mme AX _____ à verser 1'500 fr. aux Services financiers du pouvoir judiciaire.

Condamne Mme AX _____ à verser 10'000 fr. à M. BX _____ à titre de dépens de première instance et d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Elena SAMPEDRO, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Barbara SPECKER

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure à 30'000 fr.