

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

5A 225/2022

Arrêt du 21 juin 2023

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, von Werdt et De Rossa.  
Greffière : Mme Dolivo.

Participants à la procédure

A.A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Cyrielle Friedrich, avocate,  
recourante,

contre

B.A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Caroline Ferrero Menut, avocate,  
intimée.

Objet

droit aux relations personnelles de l'ex-partenaire enregistrée (art. 27 al. 2 LPart et 274a CC),

recours contre la décision de la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève du 21 février 2022 (C/29758/2018-CS, DAS/54/2022).

Faits :

A.

A.a. B.A. \_\_\_\_\_ (1980) et A.A. \_\_\_\_\_, (1988), se sont liées par un partenariat enregistré le 16 septembre 2015.

Le 21 janvier 2016, B.A. \_\_\_\_\_ a donné naissance à C. \_\_\_\_\_ et, le 27 octobre 2017, aux jumeaux D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_. A.A. \_\_\_\_\_ était présente lors des accouchements. Seule la filiation maternelle a été inscrite dans le registre de l'état civil, la filiation paternelle étant inconnue. Les grossesses ont eu lieu suite à des procréations médicalement assistées effectuées à l'étranger. Les parties se sont séparées en septembre 2018. Depuis lors, A.A. \_\_\_\_\_ n'a plus vu les enfants. La séparation a donné lieu à plusieurs plaintes pénales réciproques.

A.b. Par requête de mesures superprovisionnelles du 20 décembre 2018, A.A. \_\_\_\_\_ a sollicité un droit aux relations personnelles sur les trois enfants.

Le 21 décembre 2018, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant du canton de Genève (TPAE) a rejeté la requête et mandaté le service d'évaluation et d'accompagnement à la séparation parentale (SEASP) en vue d'une évaluation de la situation. Par préavis du 7 mai 2019, le SEASP a recommandé d'accorder un droit aux relations personnelles. Il ressort notamment de son rapport que le projet de famille était commun, compte tenu des démarches effectuées par les deux partenaires en U. \_\_\_\_\_ en vue des grossesses et du partenariat enregistré conclu pendant l'une d'elles. A.A. \_\_\_\_\_ avait participé aux accouchements. B.A. \_\_\_\_\_ était la figure parentale prépondérante, mais sa partenaire avait été présente et également investie. Un lien important avait pu se former avec C. \_\_\_\_\_, mais il était seulement en formation avec les jumeaux et donc plus fragile. Le lien avait pu s'affaiblir en raison de la séparation, qui avait d'ailleurs protégé les enfants du conflit conjugal. Le fait de voir A.A. \_\_\_\_\_ pouvait fournir aux enfants un apport relationnel et parental complémentaire, ainsi qu'un regard plus large et positif sur l'histoire de leur conception et de leur origine, étant précisé qu'ils portaient en troisième prénom des prénoms associés à la famille de A.A. \_\_\_\_\_.

A.c. Le Tribunal de première instance de Genève a prononcé la dissolution du partenariat enregistré des parties par jugements des 2 et 10 décembre 2019.

A.d. Par ordonnance du 12 décembre 2019, le TPAE a en substance réservé à A.A. \_\_\_\_\_ un droit aux relations personnelles sur les trois enfants à raison d'une heure à quinzaine, dans un lieu thérapeutique, selon les modalités fixées d'entente entre les parties, les curateurs et le lieu d'accueil des visites, et instauré une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles. Par décision du 23 juillet 2020, la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: la Cour de justice) a admis le recours formé par B.A. \_\_\_\_\_ et annulé la décision du TPAE.

A.e. Statuant par arrêt du 16 mars 2021 (cause 5A 755/2020), le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par A.A. \_\_\_\_\_ et renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour instruction et nouvelle décision, motif pris qu'elle avait écarté des critères essentiels pour la décision à rendre et s'était fondée sur des éléments dépourvus de pertinence. Il a en substance relevé que la cour cantonale ne s'était pas prononcée sur l'existence de circonstances exceptionnelles au sens de l'art. 274a CC. Dans la mesure où l'état de fait de l'arrêt cantonal, extrêmement succinct, ne permettait pas de savoir si une relation étroite, telle qu'un lien de parenté sociale, avait lié les enfants à la recourante, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne pouvait se prononcer à cet égard et qu'il appartiendrait à la Cour de justice de le faire. En outre, celle-ci n'avait pas apprécié conformément aux exigences légales et en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes si le maintien de relations personnelles entre la recourante et les enfants était de nature à servir positivement le bien de ceux-ci, de sorte qu'elle devrait y remédier. Pour ce faire, il fallait notamment apprécier le type de relation qui s'était instaurée entre eux, en

particulier établir les faits relatifs au contexte de leur conception, de leur naissance et de la période durant laquelle ils avaient vécu ensemble, singulièrement s'agissant de l'intensité de l'implication de la recourante dans la vie quotidienne des enfants.

Le Tribunal fédéral a aussi relevé que la seule interruption des relations personnelles entre la recourante et les enfants - essentiellement imputable à la procédure, notamment à la restitution de l'effet suspensif par l'autorité de recours cantonale - de même que l'hypothèse émise par la cour cantonale selon laquelle il était hautement vraisemblable que les mineurs ne se souvenaient plus d'elle, ne permettaient pas, en soi, d'exclure qu'il soit dans l'intérêt des enfants d'avoir des relations personnelles avec A.A. \_\_\_\_\_. S'il était indéniable que la durée de l'interruption des relations pouvait être prise en considération dans le cadre de l'appréciation du bien de l'enfant, ce critère n'était pas le seul pertinent et revêtait d'autant moins d'importance que les relations affectives étaient intenses et que le tiers avait endossé un véritable rôle parental auprès de l'enfant du temps de la vie commune. Dans l'hypothèse où la recourante devait être considérée comme un parent d'intention des enfants - à savoir si ceux-ci avaient été conçus dans le cadre d'un projet parental commun et avaient grandi au sein du couple formé par leurs deux parents d'intention -, il y aurait lieu de retenir que, sauf circonstances très particulières,

le maintien du lien serait bénéfique pour eux, sans qu'il soit nécessaire en l'espèce de faire preuve d'une circonspection particulière, la filiation paternelle étant inconnue. L'interruption des relations aurait alors tout au plus pour conséquence que celles-ci pourraient être reprises progressivement, éventuellement dans un espace surveillé dans un premier temps. Enfin, le Tribunal fédéral a relevé que le fait que la recourante avait quitté la Suisse et que le partenariat enregistré soit dissous ne constituaient pas des critères pertinents.

B.

Ensuite du renvoi, les parties se sont déterminées, ont allégué des faits nouveaux et ont produit des pièces. B.A. \_\_\_\_\_ a aussi sollicité diverses mesures d'instruction, dont une expertise pédopsychiatrique des enfants.

B.a. Par ordonnance du 14 juin 2021, la Cour de justice a constaté que pour pouvoir établir l'intensité des relations affectives entre les enfants et A.A. \_\_\_\_\_, partant, l'intérêt qu'ils avaient à les poursuivre ou non, il était nécessaire d'entendre les enfants de manière appropriée sur les souvenirs qu'ils avaient ou pouvaient avoir de l'ex-partenaire de leur mère. Elle a chargé le Service de protection des mineurs (SPMi) de procéder à cette audition.

Par courrier du 13 octobre 2021, le SPMi a considéré qu'il était peu approprié d'interroger les enfants, notamment au vu de leur jeune âge. Après le départ de A.A. \_\_\_\_\_ du domicile conjugal, elle ne les avait jamais revus. Aucune curatelle de surveillance des relations personnelles n'avait été mise en place. Il paraissait dès lors peu opportun que le SPMi entende ces enfants, avec lesquels il n'avait jamais établi de lien et dont les souvenirs ne remontaient pas à plus de deux ans.

B.b. Par décision du 21 février 2022, la Cour de justice a à nouveau admis le recours de B.A. \_\_\_\_\_ et annulé l'ordonnance du 12 décembre 2019 du TPAE, considérant en définitive qu'il n'était pas dans l'intérêt des enfants d'entretenir des relations personnelles avec l'ex-partenaire enregistrée de leur mère.

C.

Par acte du 30 mars 2022, A.A. \_\_\_\_\_ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de la décision cantonale et à sa réforme, en ce sens qu'un droit aux relations personnelles sur les enfants de son ex-partenaire lui est accordé, selon les modalités décrites dans le dispositif de l'ordonnance du TPAE (cf. supra let. A.d). A titre subsidiaire, elle sollicite le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour instruction et nouvelle décision.

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

Considérant en droit :

1.

1.1. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans la forme légale (art. 42 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF) dans une affaire non pécuniaire susceptible de faire l'objet d'un recours en matière civile (art. 72 LTF; arrêt 5A 755/2020 du 16 mars 2021 consid. 1 non publié in ATF 147 III 209). La recourante a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF). Le recours en matière civile est en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

1.2. L'intimée soutient que la manière de procéder de la recourante, qui a " cru bon de déposer un nouveau bordereau devant le Tribunal fédéral, des pièces choisies de la procédure cantonale " contrevient à l'art. 99 LTF, de sorte que les pièces ainsi produites seraient irrecevables. Tel n'est manifestement pas le cas, la production de pièces faisant partie du dossier cantonal n'étant aucunement prohibée par la disposition précitée. Pour les mêmes motifs, les pièces produites par l'intimée et qui figurent déjà dans le dossier cantonal sont recevables.

2.

2.1. Conformément au principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi, l'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral; sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral, ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui (ATF 143 IV 214 consid. 5.2.1).

Saisi d'un recours contre la nouvelle décision, le Tribunal fédéral est aussi lié par son arrêt de renvoi (ATF 125 III 421 consid. 2a); il ne saurait se fonder sur des motifs qu'il avait écartés ou qu'il n'avait pas eu à examiner, faute pour les parties de les avoir invoqués dans la précédente procédure de recours, alors qu'elles pouvaient - et devaient - le faire. La portée de l'arrêt de renvoi dépend donc du contenu de cet arrêt en relation avec les mémoires de recours et de réponse qui avaient été déposés: le procès civil doit parvenir un jour à sa fin et les parties - aussi bien la partie recourante que la partie intimée - doivent soulever tous les griefs qu'elles souhaitent voir traités de façon à ce que le Tribunal fédéral soit en mesure de rendre une décision finale qui clôt le litige (ATF 143 IV 214 consid. 5.2.1; 135 III 334 consid. 2; 133 III 201 consid. 4.2; arrêt 5A 508/2021 du 19 janvier 2023 consid. 2.1.1 in fine).

2.2. Dans les limites tracées par l'arrêt de renvoi (cf. supra consid. 2.1), le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 145 IV 228 consid. 2.1; 144 III 462 consid. 3.2.3). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (ATF 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été

expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4).

2.3. 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 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2.2). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que si l'autorité cantonale n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence).

### 3.

La Cour de justice a en l'espèce considéré qu'elle devait examiner si des circonstances exceptionnelles au sens de l'art. 274a CC étaient réunies, plus précisément si l'existence d'un projet parental commun ayant mené à la naissance des enfants était démontrée, puis de déterminer s'il était dans l'intérêt des enfants de rétablir des relations personnelles avec A.A.\_\_\_\_\_.

Elle a au préalable retenu qu'au vu des points de vue opposés des parties, il était très difficile de tenir pour établie l'existence d'un projet parental commun, autrement dit une volonté interne des parties de fonder une famille. De nombreuses configurations pouvaient exister dans l'organisation et la planification de la volonté de donner naissance à un enfant au sein d'un couple homosexuel féminin. Il était ainsi tout à fait envisageable que le désir d'avoir un enfant n'émane que de l'une d'elles ou qu'il soit commun. La première option ne signifiait pas pour autant que les deux personnes ne formaient plus un couple, car le simple fait d'avoir conclu un partenariat enregistré ne signifiait pas nécessairement que le projet parental fut commun. En effet, de par la loi, le partenaire enregistré n'a aucune obligation envers les enfants de son conjoint sauf à procéder à une adoption, ce qui n'avait pas été concrètement envisagé dans le cas d'espèce, de sorte qu'il serait contraire à la loi de retenir que la conclusion du partenariat signifie une adhésion au projet parental de l'un des conjoints par l'autre. Le fait que les parties aient conclu un pacte, notamment successoral, alors que B.A.\_\_\_\_\_ était enceinte, mais sans

mentionner le sort des enfants, était un indice de l'absence de projet familial lié à la conclusion du partenariat enregistré.

Il n'était pas contesté que A.A.\_\_\_\_\_ avait signé certains documents liés à la procréation médicalement assistée. Cependant, ainsi qu'elle l'exposait elle-même, ces signatures étaient requises en raison du couple qu'elle formait avec B.A.\_\_\_\_\_. Que le projet d'avoir les enfants en commun ait existé ou non, elle aurait dû signer les documents idoines pour permettre la grossesse de sa partenaire, ce qui ne démontrait pas une volonté propre d'avoir des enfants. Elle avait certes accompagné sa conjointe à certaines consultations médicales en U.\_\_\_\_\_ en vue de la procréation, mais son rôle était contesté et la teneur de ces consultations n'avait pas été démontrée. Quant à sa présence lors de l'accouchement et aux choix des prénoms, il était vrai que, dans un couple hétérosexuel, il était courant que le père assiste à l'accouchement et que les prénoms soient choisis en commun, parfois pour renforcer l'appartenance aux deux familles par des références à des membres de celles-ci. Cela étant, il était aussi courant que des tiers qui n'étaient pas parties au projet parental, tels que la grand-mère de l'enfant à naître ou une amie de la mère, participent à l'accouchement, en particulier si le père est absent. Ainsi, selon la Cour de justice, la présence à l'accouchement constituait davantage une forme de soutien, par la personne la plus proche, à la mère en devenir que l'expression d'une volonté de participer au projet parental. En l'occurrence, en tant que partenaire enregistrée et en l'absence de père, A.A.\_\_\_\_\_ était la personne la plus proche de B.A.\_\_\_\_\_, de sorte qu'elle pouvait décider de l'assister, qu'elle participe ou non au projet de fonder une famille. La même conclusion pouvait être tirée du choix des prénoms, puisqu'il arrivait aussi fréquemment qu'un deuxième ou troisième prénom soit donné en l'honneur d'un ami ou d'une amie, qui n'a aucune part dans le projet parental.

Enfin, s'agissant de la relativement brève période lors de laquelle A.A.\_\_\_\_\_ avait eu à s'occuper des enfants, il ne pouvait être nié qu'elle avait participé à leurs soins et activités. L'intensité de cette prise en charge pouvait cependant difficilement être mesurée. Des nounous avaient constamment

été au service de B.A. \_\_\_\_\_, qui avait elle-même pris un relativement long congé maternité, de sorte que cela ne laissait de facto pas une place très importante pour les soins fournis par sa partenaire. Celle-ci peinait à fournir des éléments concrets démontrant son rôle de mère, puisque le simple fait de se promener avec eux ou de participer à leurs soins ne distinguait pas forcément son rôle de celui d'une nounou ou de tout autre proche qui, comme les grands-parents ou les oncles et tantes, par exemple, participaient à l'éducation des enfants, sans pour autant pouvoir prétendre à des droits parentaux envers eux. Le dossier était en effet pauvre en documents ou en offres de preuve permettant de retenir un rôle actif de parent de A.A. \_\_\_\_\_ et une volonté claire dans le projet d'avoir des enfants. Il ne contenait notamment pas de documents administratifs dans lesquels elle aurait été désignée comme référente. Ainsi, le fait qu'elle comptait fonder son rôle dans le projet parental sur des échanges de messages électroniques ou des photographies, lesquels demeuraient très difficiles à interpréter hors de leur contexte, en l'absence de tout autre élément concret exprimant sa volonté d'être une mère pour les enfants, était révélateur. Les messages auxquels elle se référait étaient d'ailleurs datés de 2018, soit postérieurs à la naissance des enfants, et n'étaient guère pertinents pour démontrer une volonté de planifier ces naissances. Les diverses attestations produites, qui se contredisaient, n'avaient pas non plus de valeur probante.

Le rapport du SEASP, préconisant l'instauration d'un droit de visite, s'était fondé sur les éléments qui venaient d'être discutés pour parvenir à une conclusion contraire, de sorte qu'il ne pouvait être suivi.

En résumé, il n'apparaissait pas, selon la cour cantonale, qu'une volonté commune existât de fonder une famille. L'hypothèse la plus probable était que les parties avaient eu chacune une vision différente des rôles à jouer dans l'arrivée des enfants. Cela revenait à nier que l'existence d'un projet parental commun avait été démontrée par A.A. \_\_\_\_\_. En effet, les indices recueillis tendaient à démontrer qu'elle était, par rapport aux enfants, une personne très proche de leur mère, soit sa compagne de vie, mais non qu'elle entendait jouer un rôle de mère, ce dès avant leur naissance.

La Cour de justice a considéré qu'en tout état, et même à retenir qu'un projet parental commun soit démontré, encore faudrait-il que la reprise des relations personnelles, inexistantes depuis plusieurs années, fût dans l'intérêt des enfants. En effet, si l'intimée avait éventuellement pu alors, en raison du temps plus important passé avec l'aînée, établir un rapport plus étroit avec celle-ci, il était plus que douteux qu'un lien d'attachement ait pu exister avec les jumeaux, qui l'avaient à peine connue. De toute manière, au vu de l'écoulement du temps, il était désormais établi, eu égard au certificat médical produit et à la prise de position du SPMi, qui a considéré qu'il était inutile de procéder à une audition des enfants, que ceux-ci n'ont conservé aucun souvenir de A.A. \_\_\_\_\_. Dès lors que le projet parental, pour peu qu'il ait existé, ne s'était pas concrétisé, la Cour de justice a relevé qu'elle ne discernait pas en quoi il serait bénéfique pour les enfants et dans leur intérêt d'être mis en présence d'une personne qui leur était étrangère, dont ils ne conservaient aucun souvenir et avec laquelle ils n'avaient aucun lien biologique. Au contraire, mis à part raviver le conflit conjugal, qui certes devait être placé au

second plan, et placer les enfants dans une position intenable au vu des discours contradictoires et dénigrants tenus de part et d'autre et du conflit de loyauté inévitable qui se créerait, il n'était pas prévisible que l'instauration d'un droit de visite serve leur bien. Cette conclusion était appuyée par leur pédiatre qui, dans un certificat médical établi le 27 avril 2021, avait indiqué qu'il n'avait pas constaté de changement de comportement ni de difficulté particulière des enfants depuis le départ de A.A. \_\_\_\_\_. Selon la pédiatre, "la réapparition subite de Mme A.A. \_\_\_\_\_ dans la vie des enfants risque de perturber la stabilité établie dans leurs vies actuellement, d'autant plus que les enfants ne l'avaient pas vue ni eu de contact avec elle depuis bientôt 3 ans. En plus, les jumeaux n'avaient que 11 mois au moment de son départ et de ce fait, ils n'auront pas de souvenir de sa présence dans leur vie". On ne pouvait en outre retenir qu'un conflit conjugal émaillé de plaintes pénales et d'actions en protection des droits de la personnalité n'était qu'une séparation ordinaire, avec les difficultés qui y étaient liées.

Pour ces motifs, la Cour de justice a jugé que même à supposer que A.A. \_\_\_\_\_ ait pu être considérée comme le parent social des enfants, ce qui n'était pas le cas, des circonstances exceptionnelles existaient qui commandaient, pour le bien des enfants, de ne pas instaurer un droit de visite. Un tel droit, qui ne servirait quoi qu'il en soit que les intérêts de A.A. \_\_\_\_\_, qui n'étaient pas définis, serait contraire à ceux, primordiaux, des enfants.

#### 4.

La recourante fait valoir que la Cour de justice, se fondant sur des faits établis de manière manifestement inexacte, a abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'application des art. 27 al. 2 LPart et 274a CC en lui refusant tout droit aux relations personnelles sur les enfants de son ex-partenaire, violant en outre le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi à plusieurs égards. Elle se prévaut aussi de la violation des art. 8 (égalité et interdiction des discriminations) et 13 Cst.

(protection de la sphère privée), ainsi que 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 CEDH (interdiction des discriminations) et 3 al. 1 CDE.

En particulier, elle soutient que la juridiction précédente a violé le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi en omettant d'apprécier le type de relation qui s'était instaurée entre elle et les enfants et en tenant compte à tort, dans son appréciation, de la durée de l'interruption de leur lien, du jeune âge des enfants lors de la séparation - partant, de la prétendue absence chez eux de souvenirs d'elle, qui ne constituerait pas un critère pertinent -, ainsi que du conflit prétendument intense entre les ex-partenaires. Ce faisant, elle n'aurait pas respecté le cadre du renvoi, le Tribunal fédéral ayant notamment requis une mise en balance de la durée de l'interruption des relations avec l'intensité des relations personnelles, précisé que l'interruption des relations pourrait tout au plus influencer les modalités de reprise de celles-ci, et relevé et que les critères de la durée de l'interruption du lien et du conflit entre le parent légal et le parent social devaient être relégués au second plan.

Se plaignant d'un établissement manifestement inexact des faits, la recourante fait valoir que l'autorité cantonale a retenu à tort que l'adoption des enfants n'avait pas été envisagée, relevant notamment que dans un message que l'intimée lui a adressé le 12 mars 2018 et qui figure dans une pièce du dossier, celle-ci indiquait qu'elle était pressée de former une vraie famille lorsque la recourante pourrait être un parent légal (" I am looking forward to be a real family once you will be a legal mother "), soit lorsque la durée de vie commune aurait été suffisante pour que les conditions légales de l'adoption en vigueur à l'époque soient réalisées. En outre, sans aucune preuve ni objectivité, la cour cantonale aurait retenu qu'un partenariat enregistré pendant la grossesse ne signifie pas une adhésion au projet parental. Or, dans des couples de parents hétérosexuels, il ne serait pas rare de voir des mariages se conclure justement parce que la conjointe est enceinte.

La cour cantonale aurait aussi omis que les ex-partenaires avaient choisi de porter le même nom de famille, qui était également celui de leurs enfants. Elle aurait méconnu tous les messages démontrant l'intensité du lien et les soins qu'elle a fournis, non pas occasionnellement, mais régulièrement aux enfants. A cet égard la recourante, renvoyant à des passages précis d'une pièce du dossier, cite des messages censés démontrer qu'elle bordait les enfants pour la sieste ou le coucher, qu'elle leur préparait le repas ou leur donnait à manger, qu'elle les changeait, leur donnait le bain, les promenait, allait faire les courses, allait chercher C.\_\_\_\_\_ à la crèche ou à diverses activités, faisait des sorties avec eux, leur lisait des histoires, s'intéressait à leur état de santé, à leurs rendez-vous médicaux voire les organisait et que C.\_\_\_\_\_ ressentait un manque lorsqu'elle n'était pas là. La cour cantonale l'aurait injustement reléguée à un rôle subsidiaire, l'assimilant à une nounou, ce que l'on ne se permettrait pas de faire s'agissant d'un père qui est aux côtés de sa conjointe en présence d'une nounou. Une nounou ne ferait pas de " peau à peau " avec les enfants qu'elle garde et ne serait pas non plus appelée " mother " ou

" mummy ", faits que la Cour de justice aurait sciemment omis de constater la concernant, alors qu'ils ressortaient des pièces du dossier. Ces termes étaient d'ailleurs utilisés par l'intimée elle-même, qui appelait son ex-partenaire " best mother " (pièce 4, p. 37) ainsi que par d'autres intervenants (pièce 7 : " an incredible mother ", " a naturel mother, so gental et loving "). L'intimée avait confirmé, avant la séparation, qu'elles formaient une famille dans ses messages à la recourante, en indiquant " nos " enfants (pièce 4, p. 2, 26, 37, 39, 47, 51, 167 et 171).

Selon la recourante, l'autorité cantonale aurait omis de tenir compte d'attestations figurant au dossier, à savoir celles de F.\_\_\_\_\_, qui avait affirmé qu'elle l'aidait beaucoup avec les enfants (pièce 7), de Mme G.\_\_\_\_\_, référente de C.\_\_\_\_\_ à H.\_\_\_\_\_, qui avait confirmé avoir vu à plusieurs reprises, durant la vie commune, tant l'intimée que la recourante, confirmant ainsi que celle-ci se chargeait d'une des tâches parentales communes, à savoir amener et rechercher un enfant à la crèche, enfin l'attestation de I.\_\_\_\_\_, qui indiquait que le parent qui amenait principalement C.\_\_\_\_\_ au J.\_\_\_\_\_ était A.A.\_\_\_\_\_ (pièce 8).

L'arrêt entrepris s'écarterait par ailleurs sans motif du rapport du SEASP, dont la teneur claire, détaillée et non contradictoire ne pourrait être remise en doute et dont il ressortait notamment que " Mmes B.A.\_\_\_\_\_ et A.A.\_\_\_\_\_ ont fait une grande partie des démarches pour avoir des enfants ensemble ". Sur ce point, la recourante fait valoir qu'il était arbitraire de retenir qu'elle avait signé seulement " certains documents " et accompagné son ex-conjointe à " certaines consultations ", exposant que l'on ne verrait pas quel document elle n'aurait pas signé. Il ne serait pas rare qu'un père ne puisse pas se rendre à l'un ou l'autre des rendez-vous médicaux de sa conjointe.

Selon la recourante, la Cour de justice se fourvoyait en cherchant à tout prix à nier son rôle, notamment lorsqu'elle avait retenu, sans la moindre preuve objective ou statistique, que sa présence à l'accouchement était comparable à celle d'une grand-mère ou d'une amie et que les prénoms des enfants pouvaient être choisis en l'honneur d'une amie, sans que cela ne fonde un projet parental. Elle aurait dû reconnaître que tout le processus de conception avait été choisi par les parties, la recourante rappelant à cet égard qu'elle avait signé non seulement une partie mais tous les papiers nécessaires à la fécondation in vitro, ce qu'elle aurait été libre de ne pas faire si elle n'avait pas eu le

désir de fonder une famille, même si la loi espagnole requérait sa signature. En définitive, l'administration des preuves devait indubitablement conduire à reconnaître le lien affectif qui la liait aux enfants, l'existence d'un projet parental commun de même que son rôle de parent d'intention.

La recourante fait encore valoir que la juridiction cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'application des art. 274a CC et 27 al. 2 LPart et s'est fondée sur des critères péremptifs et dénués de pertinence et sur de simples hypothèses, notamment lorsqu'elle a tenu compte de la (prétendue et contestée) absence de souvenirs que les enfants avaient d'elle ainsi que du conflit conjugal. Elle soutient que les enfants ont été conçus dans le cadre d'un projet parental commun et ont vécu depuis leur naissance avec le couple formé par leur mère biologique et elle-même, qui endossait le rôle de parent d'intention. L'intérêt des enfants commanderait de poursuivre la relation, ce que le conflit parental, qui ne serait autre qu'un conflit classique et qui pourrait être mis à néant par le biais d'un travail de coparentalité, ne saurait dénier. Quant à la durée de l'absence de relation entre elle-même et les enfants, elle aurait pour conséquence que le droit de visite devrait s'exercer à raison d'une heure à quinzaine avec une reprise progressive, mais ne permettrait pas de refuser tout droit aux relations personnelles.

Enfin, la recourante soutient qu'il était choquant et discriminatoire de prendre isolément chaque preuve ou indice aux fins d'écarter la réalité des faits, au lieu d'analyser dans leur ensemble les circonstances de la conception, de la naissance et du lien affectif qui l'a lié aux enfants. La Cour de justice n'aurait pas apprécié le faisceau d'indices, mais aurait procédé isolément pour écarter un à un les indices au moyen d'hypothèses, ce qui mènerait à l'abus de droit. Or, si l'on admettait que la présence à toutes les étapes de la fécondation in vitro, la présence à l'accouchement, la raison pour laquelle les enfants portent un prénom plutôt qu'un autre, la conclusion d'un partenariat enregistré durant la première grossesse, la volonté d'adopter l'enfant ou encore la participation aux soins et aux activités des enfants ne sont pas propres à fonder un faisceau d'indices suffisant, aucun projet parental, qu'il concerne un couple homosexuel ou hétérosexuel, ne pourrait être reconnu par la suite si l'un des parents décide de nier ce projet.

5.

L'art. 274a CC dispose que dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles avec un enfant peut être accordé à des tiers, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant (al. 1). Les limites du droit aux relations personnelles des père et mère sont applicables par analogie (al. 2). Cette disposition vise notamment le droit que pourraient revendiquer les grands-parents de l'enfant. Le cercle des tiers concerné est cependant plus large et s'étend aussi bien dans la sphère de parenté de l'enfant qu'à l'extérieur de celle-ci. Le beau-parent peut donc se prévaloir de cette disposition pour obtenir le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant de son conjoint dont il est séparé ou divorcé. De même, comme le prévoit expressément l'art. 27 al. 2 LPart, un ex-partenaire peut se voir accorder un droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant de son ex-partenaire en cas de suspension de la vie commune ou de dissolution du partenariat enregistré, aux conditions prévues par l'art. 274a CC (ATF 147 III 209 consid. 5 et les références). L'autorité compétente doit faire preuve d'une circonspection particulière lorsque le droit revendiqué par des tiers viendrait s'ajouter à l'exercice de relations personnelles par les parents de l'enfant (ATF 147 III 209 consid. 5.2 in fine et les références).

5.1. L'octroi d'un droit aux relations personnelles à des tiers suppose tout d'abord l'existence de circonstances exceptionnelles qui doivent être rapportées par ceux qui le revendiquent, ce droit constituant une exception. Tel est notamment le cas en présence d'une relation particulièrement étroite que des tiers ont nouée avec l'enfant, comme ses parents nourriciers, ou lorsque l'enfant a tissé un lien de parenté dite "sociale" avec d'autres personnes, qui ont assumé des tâches de nature parentale à son égard (ATF 147 III 209 consid. 5.1 et les références).

5.2. La seconde condition posée par l'art. 274a al. 1 CC est l'intérêt de l'enfant. Seul cet intérêt est déterminant, à l'exclusion de celui de la personne avec laquelle l'enfant peut ou doit entretenir des relations personnelles. Il ne suffit pas que les relations personnelles ne portent pas préjudice à l'enfant; encore faut-il qu'elles servent positivement le bien de celui-ci (ATF 147 III 209 consid. 5.2 et les références).

S'agissant du droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant de son ex-partenaire enregistré, il pourra notamment être accordé lorsque l'enfant a noué une relation intense avec le partenaire de son père ou de sa mère et que le maintien de cette relation est dans son intérêt. Lorsque l'enfant a été conçu dans le cadre d'un projet parental commun aux concubins ou partenaires enregistrés et qu'il a grandi au sein du couple formé par ceux-ci, le maintien de relations personnelles avec l'ex-partenaire de son parent légal est en principe dans l'intérêt de l'enfant. Dans une telle

configuration, le tiers représente pour l'enfant une véritable figure parentale d'attachement, de sorte que les autres critères d'appréciation, tels que celui de l'existence de relations conflictuelles entre le parent légal et son ex-partenaire, doivent être relégués au second plan et ne suffisent généralement pas à dénier l'intérêt de l'enfant à poursuivre la relation. Le maintien d'un lien sera d'autant plus important pour l'enfant que la relation affective avec l'ex-partenaire, ex-conjoint ou ex-concubin de son parent était étroite et que la vie commune a duré longtemps (ATF 147 III 209 consid. 5. et les références).

5.3. La preuve directe de l'existence d'un lien de parenté sociale (cf. supra consid. 5.1), respectivement d'un projet parental commun (cf. supra consid. 5.2) étant difficilement envisageable, l'appréciation de cette circonstance doit généralement être effectuée de manière indirecte, sur la base d'un faisceau d'indices, dont aucun n'est à lui seul déterminant. Dans ce cadre, l'autorité pourra prendre en considération, de manière globale, tous les indices pertinents pour établir notamment le contexte de la conception des enfants, de leur naissance et, le cas échéant, les circonstances ayant prévalu durant la période où ils ont vécu avec la partie requérante. Les constatations portant sur les indices peuvent concerner des circonstances externes tout comme des éléments d'ordre psychique relevant de la volonté interne (sur la preuve par indices, cf. notamment ATF 128 II 145 consid. 2.3; arrêts 5A 413/2022 du 9 janvier 2023 consid. 5.1).

5.4. L'appréciation des circonstances de fait pour fixer le droit aux relations personnelles, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le Tribunal fédéral s'impose toutefois une certaine retenue. Le juge du fait qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant évolue, dispose d'un large pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC (ATF 131 III 209 consid. 3). Le Tribunal fédéral n'intervient que si le juge, sans aucun motif, a écarté des critères essentiels pour la décision sur le droit de visite ou, à l'inverse, s'est fondé sur des éléments dépourvus d'importance au regard du bien de l'enfant ou contrevenant aux principes du droit fédéral (ATF 147 III 209 consid. 5.3).

6.

En l'occurrence, la Cour de justice a écarté un par un les indices en présence en considérant qu'isolément, chacun d'eux ne suffisait pas à démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles au sens de l'art. 274a CC, respectivement l'existence d'un projet parental commun. Un tel procédé est insoutenable.

6.1. Si, de manière isolée, les indices énumérés par la juridiction précédente, tels que la conclusion d'un partenariat enregistré durant la grossesse, la signature de documents liés à la procréation médicalement assistée, la présence de la recourante lors de certaines étapes du processus de procréation médicalement assistée et à l'accouchement, la durée de la vie commune entre la recourante et les enfants, ou encore le fait que des prénoms de membres de sa famille ont été donnés aux enfants, ne suffisent pas à démontrer l'existence d'une volonté commune de fonder une famille, il n'en demeure pas moins que la plupart d'entre eux parlent en faveur de la démonstration de l'existence d'une parentalité d'intention et qu'ils ne devaient pas être appréciés de manière isolée, mais pris dans leur globalité. Il était arbitraire de considérer que la preuve de l'existence d'un projet parental commun n'avait pas été apportée sans avoir procédé à une appréciation globale des indices en présence (cf. supra consid. 5.3). A cela s'ajoute que la Cour de justice s'est focalisée sur la question de la parentalité d'intention, semblant méconnaître que celle-ci n'est pas à elle seule déterminante dans le cadre du présent litige, dès lors que le droit

aux relations personnelles fondé sur l'art. 274a CC peut aussi, selon les circonstances être octroyé à d'autres tiers, par exemple les beaux-parents, sans qu'il ne soit toutefois présumé dans ce cas qu'un droit de visite soit dans l'intérêt de l'enfant (voir ATF 147 III 209 consid. 5).

Concernant la question du projet parental commun, en tant que l'autorité précédente se fonde notamment sur le fait que la recourante n'avait pas produit de documents administratifs dans lesquels elle était désignée comme référente des enfants, et considère que le fait de se promener ou de participer aux soins des enfants ne distinguait pas fondamentalement son rôle de celui d'une nounou, on relèvera ce qui suit. Quand bien même l'intimée se serait occupée des enfants de manière prépondérante, cela pourrait selon les circonstances résulter du partage des tâches convenu entre les ex-partenaires, de sorte que cela ne saurait suffire pour exclure que la recourante représente une figure parentale d'attachement pour les enfants, voire qu'elle doive être considérée comme leur parent d'intention. L'intimée ne peut être suivie lorsqu'elle semble soutenir que la recourante devrait se fonder sur des documents probants, tels que des documents administratifs, pour démontrer son rôle de mère. En réalité, l'ensemble des indices figurant au dossier devait être pris en considération. La cour cantonale ne pouvait pas non plus écarter l'ensemble des messages produits sous prétexte

qu'ils dataient de 2018, soit après la naissance des enfants.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, le fait que ces messages datent de la période de février 2018 à décembre 2018 et que la recourante a quitté le domicile commun en septembre 2018 ne doit pas conduire à en faire totalement abstraction, sous peine d'arbitraire. S'ils doivent être interprétés à la lumière de leur contexte à savoir, pour ceux qui sont postérieurs à septembre 2018, un contexte de séparation conflictuel, il s'agit en réalité d'indices qui doivent être pris en compte dans le cadre de l'appréciation de la cause.

Cela étant, il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'opérer pour la première fois l'appréciation globale des indices, sauf à priver les parties d'un degré de juridiction, de sorte qu'un renvoi de la cause à la Cour de justice s'impose. Il lui appartiendra d'apprécier si l'ensemble des indices figurant au dossier, pris dans leur globalité - dont les messages produits, qu'elle a à tort d'emblée écartés -, permettent d'établir si un lien de parenté sociale, voire une parentalité d'intention, a existé. Dans l'hypothèse où il ressortirait de cette appréciation globale que la recourante doit être considérée comme parent d'intention des enfants, elle devra garder à l'esprit que l'instauration d'un droit aux relations personnelles est alors en principe dans leur intérêt (cf. supra consid. 5.2).

6.2. Il faut encore souligner que les considérations subsidiaires de la juridiction précédente, selon lesquelles, même si un projet parental commun avait été démontré, il ne serait pas justifié d'instaurer un droit aux relations personnelles dans le cas d'espèce, sont pour le moins sujettes à caution dès lors qu'elles se fondent sur des critères dénués de pertinence.

En tant qu'elle se réfère à l'"écoulement du temps" et retient qu'il est établi que les enfants ne conservent aucun souvenir de la recourante, notamment par référence à la prise de position du SPMi, la cour cantonale méconnaît les considérations de l'arrêt de renvoi. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que la seule interruption des relations personnelles entre la recourante et les enfants - essentiellement imputable à la procédure, notamment à la restitution de l'effet suspensif par l'autorité cantonale de recours - de même que l'hypothèse selon laquelle il était hautement vraisemblable que les mineurs ne se souvenaient plus d'elle, ne permettaient pas, en soi, d'exclure qu'il soit dans leur intérêt d'avoir des relations personnelles avec A.A. \_\_\_\_\_. Bien plus, dans l'hypothèse où celle-ci devait être considérée comme parent d'intention des enfants, cela aurait tout au plus pour conséquence que les relations pourraient être reprises progressivement, éventuellement dans un espace surveillé dans un premier temps (arrêt 5A 755/2020 du 16 mars 2021 consid. 6; cf. supra let. A.e). Ainsi, la (prétendue) absence de souvenir que les enfants ont de la recourante ne devrait pas jouer de rôle quant au point de savoir si un droit de visite

devrait être instauré, étant admis qu'il est en principe dans leur intérêt d'entretenir une relation avec leur parent d'intention, de même qu'avec leur parent légal, à tout le moins lorsque comme en l'espèce, ils ne disposent pas d'un second lien de filiation. Quant au positionnement formel du SPMi, qui n'a jamais vu les enfants et a considéré qu'il ne se justifiait pas de procéder à leur audition, il ne saurait être pris en considération. Le conflit conjugal ne suffira en principe pas non plus à nier d'emblée l'intérêt des enfants à poursuivre la relation. Enfin, la simple référence au certificat médical établi non pas par un pédopsychiatre, mais par la pédiatre des enfants, qui a été produit par l'intimée au cours de la procédure cantonale et constitue, au demeurant, d'un point de vue procédural, une allégation de partie (parmi plusieurs, cf. arrêt 5A 1040/2020 du 8 juin 2021 consid. 3.1.2 et les références), ne saurait en l'occurrence être déterminante pour apprécier l'intérêt des enfants.

En définitive, les griefs d'établissement arbitraire des faits et de violation de l'art. 274a CC en lien avec l'art. 27 al. 2 LPart sont fondés. Les considérations qui précèdent scellent aussi le sort du grief pris de la violation de l'autorité de l'arrêt de renvoi. En résumé, si l'appréciation globale des indices devait conduire à retenir l'existence d'un projet parental commun, respectivement si la recourante devait être reconnue comme une figure parentale d'attachement pour les enfants, il appartiendrait encore tout au plus à la Cour de justice d'examiner s'il existe des motifs exceptionnels de nature à remettre en cause le principe selon lequel l'intérêt des enfants commande d'entretenir une relation avec la recourante, au besoin en complétant l'instruction, les éléments sur lesquels elle s'est fondée dans l'arrêt entrepris ne permettant pas à eux seuls de refuser l'instauration d'un droit aux relations personnelles.

6.3. Dans le cadre du renvoi, il conviendra le cas échéant aussi de veiller au respect du droit à la vie privée et familiale protégé par l'art. 8 CEDH, disposition qui impose une obligation positive aux Etats, dans certaines situations (cf. notamment, pour plus de détails sur ce point arrêt de la CourEDH du 7 juillet 2022, Callamand c. France, n° 2338/20).

6.4. Les considérations qui précèdent scellent le sort du recours.

7.

Au vu de ce qui précède, le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. Les frais judiciaires sont mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF) et qui versera des dépens à la recourante (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le 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 à la recourante 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 juin 2023

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

Le Président : Herrmann

La Greffière : Dolivo