

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11245/2015

ACJC/165/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 10 FEVRIER 2017

Entre

Monsieur A____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 1er septembre 2016, comparant par Me Corinne Nerfin, avocate, place Longemalle 1, 1204 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Sarah Braunschmidt Scheidegger, avocate, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16 février 2017.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/10855/2016 du 1^{er} septembre 2016, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a notamment autorisé les époux B_____ et A_____ à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), attribué à l'épouse la garde sur les enfants C_____, né le _____ 2005, et D_____, née le _____ 2009, (ch. 2), réservé à l'époux un droit de visite devant s'exercer, à défaut d'accord contraire des parties, à raison d'un après-midi et d'une nuit par semaine, d'un week-end sur deux, du vendredi après l'école au lundi matin à la reprise des cours, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (ch. 3), condamné l'époux à verser en mains de son épouse, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, les sommes de 800 fr. et de 450 fr. au titre de contribution à l'entretien de C_____, respectivement de D_____ (ch. 4 et 5), dit que les allocations familiales pour les enfants C_____ et D_____ revenaient à l'épouse (ch. 6), attribué à cette dernière la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____, ainsi que les droits et obligations y relatifs (ch. 7), donné acte à l'époux de son engagement à quitter le domicile conjugal au 30 septembre 2016 au plus tard, l'y condamnant en tant que de besoin (ch. 8), prononcé les mesures précitées pour une durée indéterminée (ch. 9), mis les frais judiciaires - arrêtés à 400 fr. - à la charge des parties à raison d'une moitié chacune (ch. 10), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 11) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 13).

B. a. Par acte déposé le 15 septembre 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de ce jugement, qu'il a reçu le 5 septembre 2016. Il conclut à l'annulation des ch. 2, 3 et 6 de son dispositif et, cela fait, à l'attribution de la garde partagée sur les enfants C_____ et D_____ et au partage par moitié entre son épouse et lui des allocations familiales, avec suite de frais judiciaires et dépens. Subsidiairement, il conclut à l'attribution de la garde des enfants C_____ et D_____ à son épouse et à l'octroi d'un large droit de visite sur les enfants, s'exerçant chaque semaine du mardi soir au jeudi matin, un week-end sur deux, du vendredi soir au lundi matin, ainsi que la moitié des vacances scolaires, ses autres conclusions étant pour le surplus maintenues.

A l'appui de son appel, A_____ a déposé une pièce nouvelle.

b. B_____ conclut au déboutement de son époux de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais judiciaires et dépens.

c. Les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger par courrier du 15 novembre 2016, l'appelant ayant renoncé à son droit de répliquer.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure :

a. A____, né en 1964, de nationalité française, et B____, née en 1974, de nationalité chinoise, se sont mariés le ____ 2005 à ____ (____/France).

Ils sont les parents de C____, né le ____ 2005 à ____ (France), et de D____, née le ____ 2009 à Genève.

b. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée auprès du Tribunal de première instance le 5 juin 2015, A____ a notamment conclu à l'attribution de la garde des enfants du couple et à l'attribution d'un large droit de visite en faveur de B____, s'exerçant un week-end sur deux, chaque mercredi, ainsi que la moitié des vacances scolaires, mais à tout le moins un jour par semaine en sus du mercredi, pour le cas où celle-ci travaillerait durant le week-end.

c. Dans sa réponse du 30 octobre 2015, B____ a notamment conclu à l'attribution de la garde de C____ et D____ et à l'attribution d'un large droit de visite en faveur de A____, s'exerçant un week-end sur deux et un soir par semaine en alternance des week-ends et la moitié des vacances scolaires.

d. Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 29 avril 2016, le Tribunal a fait interdiction à A____ de quitter le territoire suisse avec les enfants C____ et D____, sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, considérant que B____ avait rendu vraisemblable le projet de A____ de faire déménager les enfants en France sans l'accord de leur mère, avant l'issue de la présente procédure.

e. Dans son rapport d'évaluation sociale du 12 mai 2016, le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) a préconisé l'attribution de la garde des enfants à B____, l'attribution d'un large droit de visite en faveur de A____, s'exerçant, au minimum et sauf accord contraire des parents, à raison d'un après-midi et d'une nuit par semaine, d'un week-end sur deux, du vendredi après l'école au lundi matin à la reprise des cours, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, et de prendre acte de l'engagement des parents à entreprendre un travail de guidance parentale.

Le SPMi a retenu que les parents avaient tous deux de bonnes capacités parentales et que le développement de C____ et de D____ était adéquat et harmonieux, ceux-ci paraissant pareillement attachés à chacun de leurs parents. Il était toutefois à craindre que la relation du père avec ses enfants ne devienne préjudiciable au développement psycho-affectif des enfants. En effet, depuis septembre 2014, A____ avait pris une plus grande place dans l'accompagnement quotidien et le suivi scolaire des enfants, notamment en raison de la plus grande flexibilité de ses horaires de travail, puis de sa situation de chômage. Il en était résulté une sorte de coalition entre les enfants et le père au détriment de la relation mère-enfant,

situation que le SPMi considérait comme inquiétante. Lors de son enquête, le SPMi, qui avait pu s'assurer de la coopération effective de B_____ et de son ajustement aux recommandations qui lui avaient été faites, avait observé une attitude ambivalente de la part de A_____. Par exemple, dans les moments d'interactions directes entre les enfants et leur mère, celui-ci s'était montré plutôt intrusif, alors qu'en amont, il avait semblé attristé de la distanciation entre la mère et les enfants, ne se reconnaissant toutefois aucune responsabilité à cet égard. De plus, A_____ avait une certaine propension à transmettre des informations partielles, voire contradictoires, ou encore à prendre des options relatives à un éventuel déménagement des enfants, sans aucune consultation de B_____, alors que toute décision importante concernant l'avenir des enfants incombait aux deux parents, en leur qualité de codétenteurs de l'autorité parentale. Il en découlait que B_____ était mieux à même de reconnaître la place et les apports positifs du père à l'égard des enfants et de permettre à ceux-ci de conserver une image positive du parent non gardien. Enfin, les rancœurs accumulées sur le plan conjugal étaient encore très vives et interféraient de manière importante avec l'exercice des fonctions parentales et co-parentales. Certes, la disponibilité effective de A_____ était mieux adaptée à la prise en charge quotidienne des enfants, mais le critère de la stabilité affective et relationnelle des enfants devait primer celui de la disponibilité des parents. Le fait que B_____ avait des horaires professionnels irréguliers et qu'elle devrait recourir aux services d'une personne de confiance pour la seconder dans la prise en charge quotidienne des enfants, ne représentait pas une contrainte majeure, dès lors que les parents avaient opté en faveur de ce fonctionnement durant de nombreuses années.

Au vu de l'implication paternelle et de l'attachement réciproque entre les enfants et leur père, le SPMi a préconisé que le droit de visite soit organisé de manière souple et large.

f. Lors de l'audience du Tribunal du 30 mai 2016, A_____ a indiqué ne pas avoir de commentaire particulier concernant le rapport du SPMi du 12 mai 2016 et B_____ a indiqué être d'accord avec les conclusions dudit rapport.

g. Lors de l'audience du Tribunal du 30 juin 2016, A_____ a indiqué être d'accord avec le contenu du rapport du SPMi, mais ne pas en partager les conclusions. Il a notamment conclu à l'instauration d'une garde partagée et, subsidiairement, à l'attribution d'un large droit de visite en sa faveur, s'exerçant du mardi soir au jeudi matin, ainsi qu'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

B_____ a déclaré que son époux ne respectait pas son avis, ne tenait pas parole et ne savait pas faire la distinction entre les problèmes du couple et la relation avec les enfants. Elle a notamment conclu à l'attribution de la garde sur les enfants, un droit de visite étant réservé à A_____ selon les modalités prescrites par le SPMi.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal, qui a suivi les recommandations du SPMi, a considéré qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants C_____ et D_____ d'instaurer une garde alternée et fixé les modalités du droit de visite en faveur de A_____ selon celles préconisées par le SPMi.

E. Les éléments pertinents suivants ressortent également du dossier :

a. A_____ travaillait à 100% en qualité d'infographiste auprès de l'entreprise E_____, gérée par son demi-frère F_____, et a été licencié avec effet au 31 janvier 2016. Par la suite, il a été réengagé par le même employeur pour la période allant du 1^{er} juin au 31 août 2016. Il pouvait adapter ses horaires et travailler depuis la maison.

Il a quitté le domicile conjugal le 15 juillet 2016 et allègue que depuis, il voit ses enfants chaque semaine du mardi soir au jeudi matin, un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires. B_____ indique qu'en réalité, il ne voit pas ses enfants jusqu'au jeudi matin, mais jusqu'au mercredi soir.

Actuellement hébergé par ses frères et sœurs, A_____ a présenté sa candidature pour un appartement se trouvant à proximité immédiate du domicile conjugal en septembre 2016. Selon un courriel du 14 septembre 2016, la représentante de la société propriétaire ne pouvait faire aucune promesse quant à l'attribution de l'appartement, lequel était en rénovation jusqu'en décembre 2016.

b. B_____ travaille à 80% en qualité de serveuse à _____. Elle a convenu avec son employeur que son travail commence tôt le matin et se termine à 13h30, voire exceptionnellement à 15h.

c. L'enfant C_____, qui vit auprès de B_____, était scolarisé en 6^{ème} année auprès de l'école _____ en mai 2016.

L'enfant D_____, qui vit également auprès de B_____, était scolarisée en 2^{ème} année auprès du même établissement scolaire à la même époque.

F. L'argumentation juridique des parties sera reprise ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. 1.1 Selon l'art. 308 al. 1 lit. b CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, telles que les décisions sur mesures protectrices de l'union conjugale prononcées en procédure sommaire (art. 175 ss CC, 271 ss CPC; ATF 137 III 475 consid. 4.1), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions de première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, la cause porte notamment sur l'attribution du droit de garde et le droit de visite, de sorte qu'elle est non pécuniaire dans son ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 5A_196/2013 du 25 septembre 2013 consid. 1.1; 5A_483/2011 du 31 octobre 2011 consid. 1.1; arrêt de la Cour d'appel civil vaudoise HC/2011/131 du 14 mars 2011 consid. 1a). La voie de l'appel est donc ouverte pour le tout, par attraction.

1.2 Respectant les forme et délai légaux (art. 130, 131, 252, 271, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

2. Les parties, qui sont toutes deux de nationalités étrangères, sont domiciliées à Genève. Avec raison, elles ne remettent pas en cause la compétence de la Cour de justice pour connaître du litige (art. 79 al. 1 LDIP), ni l'application du droit suisse (art. 82 al. 1 et 83 al. 1 LDIP; art. 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires [RS 0.211.213.01]).
3. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Toutefois, les mesures protectrices de l'union conjugale étant soumises à la procédure sommaire, sa cognition est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, in JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_392/2014 du 20 août 2014 consid. 1.5).

S'agissant du sort des enfants mineurs, les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent (art. 296 al. 3 CPC).

4. L'appelant a produit une pièce nouvelle à l'appui de son appel.

4.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

4.2 En l'espèce, la pièce nouvelle produite par l'appelant est un courriel du 14 septembre 2016. S'agissant d'une pièce postérieure au jugement, elle est recevable, ce qui n'est pas contesté.

5. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir attribué la garde des enfants à l'intimée et sollicite l'instauration d'une garde alternée. Subsidiairement, il requiert l'élargissement du droit de visite que le Tribunal lui a réservé.

5.1

5.1.1 En vertu de l'art. 176 al. 3 CC relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Il

peut, notamment, attribuer la garde des enfants à un seul des parents et statuer sur les relations personnelles (art. 298 al. 2 CC).

Le principe fondamental en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaire à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 consid. 5.3; 117 II 353 consid. 3, JdT 1994 I 183; 115 II 206 consid. 4a, JdT 1990 I 342; arrêt du Tribunal fédéral 5A_702/2007 du 28 avril 2008 consid. 2.1; ACJC/1462/2016 du 4 novembre 2016 consid. 5.1). Il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 130 III 585 consid. 2.2.2 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 5A_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.2). Pour apprécier ces critères, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; ATF 115 II 317; arrêt du Tribunal fédéral 5A_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 4.1).

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales (arrêt du Tribunal fédéral 5A_928/2014 du 26 février 2015 consid. 4.3).

La garde de fait sur l'enfant peut être attribuée à un seul des parents même lorsque l'autorité parentale demeure conjointe. Un parent ne peut en effet déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps (arrêts du Tribunal fédéral 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 4.2.2.1; 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.3). Le juge doit examiner si la garde alternée est compatible avec le bien des enfants, ce qui dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école et la capacité des parents à collaborer entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.5 et les références citées).

5.1.2 L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 consid. 4a) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 III 585 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_188/2012 du 15 mai 2012 consid. 6.1). On tiendra compte

notamment de l'âge de l'enfant, de son état de santé, de ses loisirs, etc. La disponibilité du parent (horaires de travail et autres obligations), son lieu de vie, sa personnalité et la relation qu'il entretient avec l'enfant sont autant de critères pertinents (LEUBA, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 14 ad art. 273 CC).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du droit de visite (ATF 127 III 295 consid. 4; ATF 122 III 404 = JdT 1998 I 46 consid. 3d).

5.2

5.2.1 En l'espèce, les deux parents disposent tous deux de bonnes capacités parentales et le développement des enfants C_____ et D_____ est adéquat et harmonieux. Toutefois, le conflit conjugal, qui est encore particulièrement vif actuellement, restreint les fonctions parentales et la collaboration entre les parents. De plus, selon le SPMi, l'appelant semble dresser ses enfants contre leur mère. Or, ce comportement est préjudiciable aux rapports mère-enfant et donc au développement psycho-affectif des enfants. Sur ces points, l'appelant conteste les conclusions du SPMi de manière générale, mais ne discute pas les éléments qui ont conduit ce dernier aux conclusions précitées. Dès lors, il n'y a pas lieu de s'écarter du constat du SPMi selon lequel l'intimée est, à tout le moins en l'état, plus apte que l'appelant à favoriser les rapports avec l'autre parent.

Dans ce contexte, il se justifie, comme le SPMi l'a recommandé, de faire primer le critère de la capacité de l'intimée à faciliter les rapports des enfants avec l'appelant sur le critère de la capacité effective des parents à prendre soin des enfants eux-mêmes. L'appelant ne fait valoir aucun argument qui justifierait de remettre en cause cette échelle de priorités, se contentant d'alléguer prendre en charge les enfants au quotidien de manière prépondérante.

Compte tenu de ce qui précède, la stabilité affective et relationnelle des enfants commande de renoncer, à tout le moins au stade des mesures protectrices de l'union conjugale, à instaurer une garde alternée.

A cela s'ajoute que même si une garde partagée était instaurée, il n'a pas été rendu vraisemblable que l'appelant disposerait d'un logement à proximité de l'école fréquentée par les enfants. En effet, l'appelant, qui allègue être hébergé par ses frères et sœurs, ne donne aucune indication quant aux conditions dans lesquelles il accueille actuellement ses enfants. De plus, même s'il a déposé sa candidature pour prendre en location un appartement se trouvant à proximité de l'ancien domicile conjugal et de l'école des enfants, il n'est pas démontré que cet appartement, dont le nombre de pièces n'a d'ailleurs pas été rendu vraisemblable, lui a finalement été attribué.

Partant, c'est à bon droit que le Tribunal a attribué la garde des enfants à l'intimée.

5.2.2 Le SPMi a préconisé que les relations personnelles de l'appelant avec ses enfants soient organisées de manière souple et large, relevant l'implication paternelle dans l'éducation des enfants, ainsi que l'attachement réciproque de ces derniers avec leur père.

Actuellement âgés de onze, respectivement sept ans, les enfants fréquentent l'école primaire _____. Leur père a quitté le domicile conjugal en juillet 2016 et l'intimée reconnaît que depuis lors, il exerce son droit de visite du mardi soir au mercredi soir, un week-end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires, ce qui correspond aux modalités préconisées par le SPMi.

L'appelant demande que son droit de visite soit organisé de manière à comprendre également la nuit du mercredi au jeudi. Toutefois, comme évoqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 5.2.1), l'appelant ne dispose pour l'instant pas de son propre appartement pour accueillir ses enfants.

Dans ces circonstances et au stade des mesures protectrices de l'union conjugale, il ne semble pas souhaitable d'augmenter le nombre de nuits que les enfants passent chez leur père pendant la semaine. Dès lors, c'est à bon droit que le Tribunal a suivi les recommandations du SPMi pour arrêter les modalités d'exercice du droit de visite. Cela dit, il convient de rappeler que lesdites modalités s'appliquent à défaut d'entente entre les parties, de sorte que rien ne les empêche d'organiser le droit de visite de l'appelant de manière plus large et plus souple.

Partant, les chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement entrepris seront confirmés.

- 6.** L'appelant reproche au Tribunal d'avoir attribué les allocations familiales à l'intimée et estime que la moitié desdites allocations doit lui revenir.

6.1 En cas de divorce ou de séparation judiciaire, le droit aux allocations familiales revient à la personne qui a la garde de l'enfant (art. 12B al. 4 de la loi genevoise sur les allocations familiales (LAF - J 5 10).

6.2 En l'espèce, le Tribunal a autorisé les époux à vivre séparés et la garde des enfants a été attribuée à la seule intimée, de sorte que les allocations familiales doivent revenir à cette dernière.

Partant, le chiffre 6 du dispositif du jugement entrepris sera confirmé.

- 7.** En définitive, l'appel est privé de fondement en tous points, de sorte que le jugement sera intégralement confirmé.

Dans la mesure où l'appelant succombe, les frais judiciaires d'appel, fixés à 800 fr. (art. 33 et 37 RTFMC), seront mis à sa charge (art. 95 et 106 al. 1 CPC) et

compensés avec l'avance de frais de même montant fournie par celui-ci, laquelle reste acquise à l'État (art. 111 al. 1 CPC).

Les parties conserveront à leur charge leurs propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 15 septembre 2016 par A_____ contre le jugement JTPI/10855/2016 rendu le 1er septembre 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11245/2015-8.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge d'A_____ et les compense avec l'avance de frais de même montant fournie par celui-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF;

RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, les moyens étant limités au sens de l'art. 98 LTF.

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