

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11287/2014

ACJC/1401/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 18 NOVEMBRE 2014

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (NE), appelante d'une ordonnance rendue par la 1^{ère} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 octobre 2014, comparant par Me Evelyne Bouchaara, avocate, 9, rue Marignac, case postale 324, 1211 Genève 12, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Magda Kulik, avocate, 14, rue De-Candolle, 1205 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20.11.2014.

Attendu, **EN FAIT**, que les époux A_____ et B_____ sont les parents de C_____, née le _____ 2005, et de D_____, né le _____ 2009;

Que les époux vivent séparés depuis le mois de décembre 2010;

Que A_____ allègue que son époux a un tempérament violent, qu'elle avait régulièrement, durant la vie commune, été victime de violences physiques de sa part, également en présence des enfants, qu'elle avait dû à plusieurs reprises faire appel à la police et que son époux avait été un grand consommateur de cannabis dans le passé;

Qu'une violente dispute conjugale a éclaté entre les époux le 26 décembre 2010 ayant nécessité l'intervention de la police lors de laquelle A_____ a été griffée au bras;

Que par jugement JTPI/_____ du 4 juillet 2011, le Tribunal de première instance (ci-après le Tribunal), statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale et d'accord entre les parties, a notamment autorisé les époux à vivre séparés, a attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal à Meyrin ainsi que la garde des deux enfants du couple et a réservé à B_____ un large droit de visite à exercer, sauf accord contraire entre les parties, un soir par semaine du mardi soir au mercredi matin, un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir, et durant la moitié des vacances scolaires;

Que jusqu'au début de l'année 2014, B_____ a en réalité exercé son droit de visite de manière plus étendue, soit à raison de sept nuits sur deux semaines;

Qu'il a exposé que cette prise en charge des enfants était essentielle, car elle lui permettait de pallier les graves carences de la mère;

Qu'à compter du début de l'année 2014, des dissensions sont apparues au sein du couple au sujet des modalités d'exercice du droit de visite, principalement liées aux relations qu'entretenaient les enfants avec certaines personnes de l'entourage de leur père ainsi qu'au refus de B_____ de donner à son épouse l'adresse de son père et de lui présenter sa nouvelle compagne;

Qu'en raison de ces dissensions, A_____ a notamment refusé de confier les enfants à son époux pendant les vacances scolaires de février et de Pâques 2014;

Qu'au mois de février 2014, B_____ a contacté le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) en raison des inquiétudes qu'il éprouvait au sujet de la prise en charge de ses enfants;

Que ce service a indiqué à B_____ qu'il ne pouvait pas intervenir dès lors qu'il n'avait pas pu constater que les enfants étaient exposés à un grave danger, que A_____ ne souhaitait pas bénéficier d'une aide socio-éducative et qu'elle contestait les reproches qui lui étaient adressés;

Qu'à l'occasion d'un contrôle dentaire effectué à l'initiative de B_____ au mois de mars 2014, le médecin-dentiste a constaté que D_____ présentait deux caries profondes, qui n'avaient jamais été traitées;

Que A_____ a indiqué ne pas avoir veillé au suivi dentaire de ses enfants car elle pensait que ce suivi était pris en charge par l'assurance complémentaire de son époux et que par conséquent ce dernier allait s'en charger;

Que B_____ allègue par ailleurs que les contrôles préconisés par les médecins pour les enfants ne sont pas effectués, que les traitements prescrits ne sont pas régulièrement administrés et que la mère ne lui transmet aucune information à ce sujet;

Que A_____ conteste ces allégations;

Qu'au mois de mars 2014 également, la directrice de l'école primaire E_____ fréquentée par C_____ a fait part de ses inquiétudes au sujet des nombreuses absences de cette dernière;

Qu'ayant constaté un malaise perceptible de l'enfant, ses maîtresses avaient décidé de ne plus l'interpeller à son retour en classe quant aux raisons de ses absences;

Que C_____ a été absente 8 demi-journées durant l'année scolaire 2010-2011, 26 demi-journées durant les années scolaires 2011-2012 et 2012-2013 ainsi que 4 demi-journées durant le premier trimestre de l'année 2013-2014 et 20 demi-journées durant le second trimestre;

Que si les enseignantes de C_____ ont relevé "*beaucoup d'arrivées tardives*", un "*grand nombre d'absences*", respectivement des "*absences répétées*", les résultats scolaires de la mineure ont été qualifiés de très satisfaisants;

Que A_____ a exposé que les absences fréquentes de C_____ à l'école n'étaient intervenues que durant une période limitée dans le temps lors de laquelle elle rencontrait des problèmes de voisinage ainsi que des difficultés financières;

Que A_____, refusant de procéder elle-même à l'inscription de D_____ pour l'année scolaire 2014-2015, a demandé à son époux de s'en occuper sans toutefois lui fournir les documents nécessaires à l'exécution de cette démarche;

Que B_____ a également dû se charger de l'inscription des enfants au restaurant scolaire et aux activités parascolaires;

Qu'au mois d'avril 2014, le bail du domicile conjugal a été résilié par la régie en charge de la gestion de l'appartement en raison de nombreuses plaintes de voisins qui reprochaient à A_____ de graves dégradations et incivilités;

Qu'elle ne s'acquittait au demeurant plus de son loyer depuis le mois de février 2014;

Que ses voisins ont par ailleurs exprimé leur inquiétude quant à la prise en charge des enfants;

Qu'ils affirment avoir constaté que leur sécurité n'était pas assurée;

Qu'ils ont été alertés à plus d'une reprise par les pleurs de D_____ notamment;

Que A_____ s'est également plainte du comportement de ses voisins à son égard auprès de la régie;

Qu'il ressort de l'état des lieux de sortie effectué en fin de bail par la régie ainsi que d'un courrier envoyé par cette dernière à la mère de B_____, propriétaire de l'appartement, que celui-ci présentait un important manque d'entretien; en particulier, d'importants dépôts de poussières étaient présents sur les cadres de fenêtres et les armoires, les portes, les sols, les toilettes et les lavabos étaient sales et collants, la cuisine était dans un état déplorable et les vitres étaient maculées de taches diverses;

Que des dégâts ont également été constatés, soit notamment des griffures profondes sur la porte d'entrée, des fissures sur le lavabo, des coups de couteau sur les menuiseries des fenêtres, un verrou arraché et une prise électrique abîmée;

Que dans la soirée du 9 avril 2014, A_____, qui s'était luxée l'épaule, s'est rendue en ambulance à l'hôpital avec D_____ et a laissé C_____, seule, dans l'appartement;

Que la police est intervenue à la demande de B_____ et a fait appel à un serrurier pour ouvrir la porte de l'appartement, C_____ ayant ensuite été prise en charge pour la nuit par son père;

Que A_____ a expliqué avoir pris la décision de laisser sa fille seule dans l'appartement en accord avec cette dernière qui devait aller se coucher car elle avait l'école le lendemain ainsi que du médecin qui l'a prise en charge, que son absence devait être de courte durée et que l'hôpital était proche de son domicile;

Que le 1^{er} juillet 2014, A_____ a déménagé avec ses deux enfants au Locle, région dans laquelle résident également plusieurs membres de sa famille;

Qu'elle a inscrit les enfants à l'école primaire du Locle pour la rentrée 2014-2015;

Que consécutivement à ce déménagement, B_____ a, pour des raisons pratiques essentiellement, réduit son droit de visite à un weekend sur deux;

Que le 10 juin 2014, B_____ a déposé auprès du Tribunal une demande unilatérale en divorce accompagnée d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant notamment à ce que la garde des enfants lui soit attribuée au motif que son épouse présentait de graves carences dans la prise en charge de ces derniers;

Qu'interpellé par le Tribunal pour procéder à l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale, le SPMi a indiqué que A_____ ne s'était pas présentée aux entretiens fixés les 21 et 28 août ainsi que le 16 septembre 2014 et qu'elle avait, lors d'un échange téléphonique, déclaré refuser de se déplacer à Genève précisant toutefois qu'elle reprendrait contact si elle devait changer d'avis;

Qu'il était ainsi en l'état dans l'impossibilité de rendre dans un délai raisonnable un rapport d'évaluation sociale;

Que par courrier du 8 septembre 2014, le mandataire de A_____, Maître F_____, a informé le Tribunal qu'il avait dû mettre fin à son mandat, sa cliente n'ayant pas répondu à ses nombreux courriers, courriels et appels téléphoniques;

Que bien que dûment convoquée, A_____ n'était ni présente ni représentée aux audiences appointées par le Tribunal en date des 9 septembre et 14 octobre 2014;

Que A_____ a, pièces à l'appui, expliqué n'avoir pas pu assister à la seconde audience car elle était préoccupée par l'état de santé de son père qui avait dû être hospitalisé en date du 9 octobre 2014 à l'hôpital _____ avant d'être transféré à l'hôpital _____ le 17 octobre 2014 ainsi que par les démarches administratives liées à cette hospitalisation;

Que par ordonnance OTPI/1363/2014 du 17 octobre 2014, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles, a notamment attribué à B_____ la garde des enfants, a réservé à la mère un droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, un week-end sur deux, a ordonné l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et a déclaré l'ordonnance exécutoire nonobstant recours;

Qu'il a retenu que la situation actuelle tant des enfants que de leur mère était préoccupante; en effet, l'existence de carences de la part de A_____ dans la prise en charge des mineurs était rendue vraisemblable; en particulier, le suivi scolaire, administratif et médical de ces derniers n'était pas suffisamment assuré; A_____ semblait en outre se rendre volontairement injoignable physiquement, téléphoniquement et par correspondance et refusait toute collaboration avec le SPMi; de son côté, B_____ avait démontré s'être investi dans l'intérêt des enfants en prenant notamment contact avec les écoles, les médecins et le SPMi afin d'obtenir des informations ainsi que de l'aide et de pallier autant que possible aux carences de la mère; ainsi, afin d'assurer leur sécurité et leur suivi sur le plan personnel, scolaire et médical, l'intérêt des enfants commandait que leur garde soit attribuée à leur père;

Que le transfert de garde a été opéré le 21 octobre 2014 en collaboration avec la police du Locle;

Que depuis cette date, les enfants vivent auprès de leur père et sont scolarisés dans l'ancien établissement scolaire que fréquentait C _____ avant le déménagement, soit à l'école primaire E _____, cette dernière ayant pu réintégrer sa classe de l'année passée;

Que par acte déposé le 31 octobre 2014 au greffe de la Cour de justice, A _____ a formé appel contre l'ordonnance susmentionnée du 17 octobre 2014, concluant à son annulation et requérant à titre préalable que l'effet suspensif soit accordé à son appel;

Contestant les carences éducatives qui lui étaient reprochées, elle a notamment joint à son appel des photographies d'une chambre d'enfants convenablement rangée et aménagée indiquant qu'il s'agissait de la chambre de ses enfants au Locle;

Qu'elle a également produit diverses pièces démontrant que durant la période où ils avaient résidé au Locle, les enfants s'étaient bien intégrés au sein de leur école, aucun problème particulier n'ayant été observé par les intervenants scolaires, et participaient à des activités extrascolaires;

Que B _____ s'est opposé à la requête d'effet suspensif;

Que A _____ a spontanément répliqué, persistant dans sa requête d'effet suspensif;

Qu'elle a notamment exposé que le samedi 1^{er} novembre 2014, lors de la remise des enfants pour l'exercice de son droit de visite, son époux avait fait preuve de violence à son égard, qu'elle avait constaté que C _____ souffrait d'une contusion au genou à la suite d'une chute en trottinette et D _____ d'un impétigo au visage, et que son époux refusait de lui communiquer le nom de la maîtresse de ce dernier ainsi que son mode de garde;

Que B _____ a dupliqué, persistant dans ses conclusions sur effet suspensif;

Qu'il a contesté les allégations de violence de son épouse, expliquant que c'est cette dernière qui avait adopté un comportement inadéquat;

Qu'il a par ailleurs exposé, pièces à l'appui, que la chute en trottinette évoquée par son épouse avait eu lieu en présence de celle-ci lors de l'exercice de son droit de visite, qu'il avait, le 31 octobre 2014, interpellé le médecin de D _____ au sujet de l'impétigo dont souffrait celui-ci et s'était renseigné à ce sujet auprès d'une pharmacie, qu'il avait informé son épouse, le jour où elle avait pris en charge les enfants, du fait que leur fils souffrait d'une probable allergie à un traitement médicamenteux et qu'il avait communiqué à cette dernière le nom de la maîtresse de D _____ par courriel du 28 octobre 2014;

Qu'enfin il a indiqué que son épouse avait prolongé de manière unilatérale son droit de visite jusqu'au lundi soir de sorte que les enfants n'avaient pas pu, ce jour-là, se rendre à l'école;

Que, par courrier du 11 novembre 2014, la Cour a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif;

Que par courrier du 14 novembre 2014, A_____ a produit une pièce nouvelle et indiqué qu'un représentant du SPMi de Neuchâtel s'était rendu à son domicile le 3 novembre 2014 et avait constaté le bon état d'entretien de son logement;

Considérant, **EN DROIT**, que la Cour est saisie d'un appel au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC;

Que le jugement querellé portant sur des mesures provisionnelles, l'appel n'a pas d'effet suspensif *ex lege* (art. 315 al. 4 let. b CPC);

Que la Présidente soussignée a compétence pour statuer sur la requête d'effet suspensif, vu la nature incidente et provisionnelle d'une telle décision et la délégation prévue à cet effet par l'art. 18 al. 2 LaCC, concrétisée par une décision de la Chambre civile siégeant en audience plénière et publiée sur le site Internet de la Cour;

Qu'à teneur de l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution de mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable;

Que, saisie d'une demande d'effet suspensif au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, l'autorité cantonale d'appel doit procéder à une nouvelle pesée des intérêts entre les deux préjudices difficilement réparables, celui du demandeur à l'action si la mesure n'était pas exécutée immédiatement et celui qu'entraînerait pour le défendeur l'exécution de cette mesure (ATF 138 III 378 consid. 6.3);

Qu'elle doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.1);

Que lorsqu'en vertu de la décision de première instance, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/ Bezugsperson), l'instance d'appel doit rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, des motifs sérieux devant toutefois être réservés, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.2);

Qu'en revanche, lorsque le juge de première instance statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence; la requête d'effet

suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi généralement être admise, sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.2);

Que la Cour applique les maximes inquisitoire et d'office, compte tenu de la présence d'enfants mineurs (art. 296 CPC);

Qu'en l'espèce, les enfants ont, le 21 octobre 2014, à nouveau été déplacés à Genève et vivent désormais auprès de leur père;

Que les enfants ont ainsi retrouvé leur ancien cadre de vie, en particulier scolaire;

Que leur intérêt commande de maintenir, durant la procédure d'appel, le status quo afin de leur assurer une certaine stabilité;

Que cette solution se justifie d'autant plus que bien que la garde des enfants avait formellement été attribuée à l'appelante, l'intimé constituait également la personne de référence auprès de ces derniers;

Qu'en effet, depuis la séparation et jusqu'au début de l'année 2014, l'intimé a assumé une prise en charge des enfants sensiblement similaire à celle de l'appelante puisque ces derniers passaient sept nuits sur quatorze auprès de lui ainsi que la moitié des vacances scolaires;

Qu'il était par ailleurs investi dans le suivi médical et scolaire des enfants et palliait aux carences de l'appelante dans ces domaines;

Que l'intimé apparaît au demeurant apte, sous l'angle de la vraisemblance et sans préjudice de l'examen au fond, à répondre aux besoins des enfants et à s'en occuper de manière adéquate;

Que les actes de violences dont fait état l'appelante datent de 2010, l'incident qui serait survenu le 1^{er} novembre 2014 lors de la remise des enfants n'étant pas rendu vraisemblable;

Qu'en tout état, si l'appelante soutient que l'intimé aurait été violent à son égard, elle ne soutient en revanche pas qu'il l'aurait été à l'égard de ses enfants;

Qu'elle ne prétend également pas que son époux consommerait encore actuellement du cannabis;

Qu'en revanche, il semblerait *prima facie*, sur la base d'un examen sommaire du dossier fondé sur la vraisemblance, que l'appelante présente des carences dans la prise en charge des enfants, notamment dans le suivi médical et scolaire de ces derniers;

Qu'elle n'a en particulier pas veillé à ce que les contrôles dentaires des enfants soient régulièrement effectués;

Que les explications qu'elle fournit pour justifier ce manquement ne convainquent pas;

Qu'en outre, depuis la séparation, les absences de C_____ à l'école sont devenues plus fréquentes, ce qui a suscité des inquiétudes de la part des enseignantes de cette dernière;

Que le fait que l'appelante ait rencontré des problèmes financiers et de voisinage en 2014 ne sauraient justifier ces absences puisqu'il ne s'agit pas de motifs inhérents à la mineure et que l'absentéisme de celle-ci avait déjà été constaté durant les années scolaires 2011-2012 et 2012-2013;

Que les pièces produites - dont aucun élément au dossier ne permet à ce stade de la procédure de douter de leur teneur - démontrent par ailleurs que l'appartement dans lequel les enfants vivaient avec leur mère lorsqu'ils résidaient à Genève ne présentait pas de bonnes conditions d'hygiène;

Qu'enfin l'appelante n'a jugé utile de prendre des mesures pour remédier à ces différentes carences que lorsque son époux a saisi les autorités judiciaires et que le SPMi a été mandaté pour établir un rapport d'évaluation sociale;

Qu'en conclusion, la requête d'effet suspensif sera rejetée;

Qu'il sera statué sur les frais et dépens de l'incident avec la décision au fond (art. 104 al. 3 CPC);

Que la présente décision, de nature incidente, est susceptible d'un recours en matière de droit civil au Tribunal fédéral, dans les limites de l'art. 93 LTF (ATF 137 III 475 consid. 1), seule pouvant être invoquée la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF; ATF 137 III 475 consid. 2).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

Statuant sur suspension de l'exécution :

Rejette la requête tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance OTPI/1363/2014 rendue le 17 octobre 2014 par le Tribunal de première instance dans la procédure C/11287/2014-1.

Dit qu'il sera statué sur les frais et dépens de l'incident avec la décision sur le fond.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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, dans les limites des art. 93 et 98 LTF.

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