



POUVOIR JUDICIAIRE

C/12777/2018

ACJC/1219/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 23 AOUT 2019

Entre

Le mineur A_____, représenté par son père, Monsieur **B**_____, appelant, domicilié _____ [GE], comparant par Me Diane Broto, avocate, rue du Rhône, 1204 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame C_____, domiciliée _____ (Vaud), intimée et appelante, comparant par Me François Dugast, avocat, route des Avouillons 36, 1196 Gland (Vaud), en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23 août 2019.

Attendu, **EN FAIT**, que B_____ et C_____ sont les parents non mariés de A_____, né le _____ 2014;

Que les parents de A_____ ont fait ménage commun d'abord [à] D_____ (Vaud), puis de janvier 2017 au 12 octobre 2017 à Genève;

Qu'à cette dernière date, C_____ a laissé provisoirement A_____ sous la garde de son père et est repartie [à] D_____ pour chercher du travail;

Que par acte du 31 mai 2018, B_____, a conclu, devant le Tribunal de première instance, sur mesures provisionnelles et sur le fond, à ce que la garde exclusive de A_____ lui soit attribuée, que le domicile de l'enfant soit fixé chez lui et qu'un droit de visite d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires soit réservé à la mère; que sur le fond, il a conclu également à ce que des contributions à l'entretien de l'enfant soient mises à la charge de C_____;

Que cette cause a été enregistrée sous le numéro C/12777/2018;

Que dans son rapport du 21 août 2018, le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) a préconisé que la garde de A_____ soit confiée au père, avec un large droit de visite en faveur de la mère;

Que dans un rapport complémentaire du 14 novembre 2018, le SEASP a confirmé ses conclusions du 21 août 2018;

Que dans sa réponse du 15 novembre 2018 au Tribunal, C_____ a conclu à l'instauration d'une garde alternée et au partage des frais de l'enfant en fonction de la situation de chacun des parents;

Que, par ordonnance OTPI/53/2019 du 31 janvier 2019, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles d'entente entre les parents, a donné acte à B_____ et C_____ de ce qu'ils étaient d'accord pour que la garde de leur fils A_____ s'exerce de manière alternée à raison d'une semaine chez chacun des parents (chiffre 1), dit que le domicile légal de A_____ était chez le père (ch. 2), donné acte aux parents de leur accord pour que le père fasse les démarches afin que A_____ soit inscrit à l'école à Genève pour la prochaine rentrée scolaire (ch. 3), donné acte à C_____ de ce qu'elle s'engageait à faire le nécessaire pour revenir habiter dans le canton de Genève pour que la garde alternée puisse s'exercer également dès la scolarisation de A_____ (ch. 4), donné acte aux parents de ce que si C_____ ne réussissait pas à déménager à Genève avant la scolarisation de A_____ à Genève, ils étaient d'ores et déjà d'accord pour que la mère puisse bénéficier de plus de vacances avec l'enfant (ch. 5), donné acte à B_____ de son accord de prendre à sa charge les frais de l'enfant (ch. 6), statué sur les frais (ch. 7 et 9) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 9);

Que lors de l'audience du Tribunal du 4 juin 2019, la mère a déclaré qu'elle vivait toujours [à] D_____ et ne pouvait pas revenir vivre à Genève, qu'elle n'y avait pas droit aux aides sociales et qu'il était difficile d'y trouver un logement avec un salaire de 3'600 fr. par mois;

Qu'elle a revendiqué la garde de A_____;

Que par jugement JTPI/8972/2019 du 19 juin 2019, le Tribunal, statuant par voie de procédure simplifiée, a notamment constaté que les parents exerçaient conjointement l'autorité parentale sur leur fils A_____ (chiffre 1), donné acte aux parents de leur accord avec une garde alternée jusqu'à la rentrée scolaire 2019/2020 (ch. 2), attribué la garde de A_____ à C_____ dès la rentrée scolaire 2019/2020 et fixé les relations personnelles entre le père et l'enfant (ch. 3), instauré un suivi thérapeutique de l'enfant et une curatelle ad hoc de surveillance de ce suivi, dit que l'autorité parentale était limitée en conséquence et transmis le jugement à l'autorité de protection compétente du canton de Vaud (ch. 4), et fixé les contributions du père à l'entretien de l'enfant (ch. 5);

Que par mémoire préventif expédié à la Cour de justice le 19 août 2019, C_____, agissant pour son compte ainsi que pour le compte de A_____ a pris la conclusion suivante, avec suite de frais : « à titre préventif, refuser tout effet suspensif à l'appel que le défendeur entend former contre le jugement du Tribunal de première instance, N° JTPI/8972/2019 du 19 juin 2019 »;

Qu'elle s'est fondée sur les art. 270 et 315 al. 2 et 5 CPC et a allégué que : « A_____ [était] d'ores et déjà enclassé auprès de l'école enfantine du E_____ », étant précisé que l'école recommence le lundi 26 août 2019 dans le canton Vaud;

Qu'à l'appui de cette allégation, elle a annoncé qu'elle produirait une « attestation d'inscription de l'enfant A_____ auprès de l'école enfantine du E_____ », sous pièce n° 3;

Que cette pièce n'a cependant pas été déposée à ce jour;

Qu'elle a fait valoir en substance que : « si l'effet suspensif était accordé à l'appel formé par B_____, A_____ subirait un préjudice irréparable »;

Qu'à son avis, « venir à la dernière minute lui dire qu'il ne commencer[ait] pas l'école au E_____, comme il le pens[ait] depuis deux mois au moins, mais à Genève, reviendrait à détruire brutalement toutes ses attentes et ses rêves d'enfant »;

Que la procédure a été enregistrée sous le numéro C/1_____/2019;

Que par acte déposé à la Cour le 22 août 2019, B_____, agissant pour le compte de son fils A_____, a formé appel contre les chiffres 3, 4 et 5 du dispositif du jugement du Tribunal du 19 juin 2019;

Qu'il a conclu notamment à l'attribution à lui-même de la garde exclusive de l'enfant, avec un droit de visite en faveur de la mère;

Qu'il a pris ces deux conclusions également sur mesures provisionnelles, « *en complément/modification de l'ordonnance n° OTPI/53/2019 du 31 janvier 2019* »;

Qu'il a produit notamment des pièces dont il résulte que A_____ est inscrit à l'école primaire F_____ à Genève pour la rentrée scolaire 2019-2020 et qu'il commencera l'école publique genevoise le lundi 26 août 2019 (pièces 60 et 61 appelant);

Considérant, **EN DROIT**, que l'art. 270 CPC accorde la faculté à celui qui craint que des mesures *ex parte* ne soient requises à son encontre (mesure superprovisionnelle, séquestre au sens des art. 271 à 281 LP ou toute autre mesure de ce type) de prendre position par anticipation sur la requête en déposant un mémoire préventif auprès du tribunal qui pourrait être saisi par la partie adverse (BOHNET, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2019, n. 2 ad. art. 270 CPC);

Qu'un mémoire préventif est aussi possible devant l'instance de recours, lorsqu'une partie craint par exemple le dépôt d'un recours assorti d'une demande d'effet suspensif (BOHNET, op.cit., n. 5 ad. art. 270 CPC et les références citées);

Que le mémoire préventif doit logiquement prendre la forme d'une réponse à une requête de mesures provisionnelles; que son but est d'éviter que le juge considère vraisemblable le bien-fondé d'une requête de mesures provisionnelles urgentes; qu'il comprendra notamment des conclusions, généralement en rejet de la requête éventuelle, en particulier sans citation préalable des parties (BOHNET, op. cit, n. 8 ad. art. 270 CPC);

Que l'art. 270 al. 2 CPC exclut que le mémoire préventif soit transmis à l'adversaire potentiel avant qu'il ait introduit une procédure; que par-là, il faut entendre le dépôt d'une requête de mesures superprovisionnelles, le dépôt d'une demande au fond ne remplissant pas cette condition (BOHNET, op.cit, n. 14 ad. art. 270 CPC);

Qu'il résulte des développements qui précèdent que le moyen de défense du mémoire préventif n'est pas adapté au cas d'espèce;

Qu'en effet, il n'était pas question que l'appelant sollicite des mesures susceptibles d'être ordonnées sans audition préalable des parties, l'effet suspensif étant automatique (cf. ci-dessous);

Que la recevabilité du mémoire préventif du 19 août 2019 est ainsi douteuse;

Qu'en dépit de ce qui précède, dans la mesure où la mère s'oppose à ce que l'enfant soit scolarisé dans le canton de Genève à partir du lundi 26 août 2019, ledit mémoire sera considéré comme une requête d'exécution anticipée formée à la suite de l'appel du 22 août 2019;

Qu'exceptionnellement et vu les développements qui suivent, il sera renoncé à recueillir la détermination du père avant de statuer sur ladite requête;

Que la Cour est saisie d'un appel au sens de l'art. 308 al. 1 let. a CPC, puisque l'acte du 22 août 2019 est dirigé contre une décision finale rendue en procédure simplifiée dans une cause qui porte tant sur la garde et les relations personnelles que sur la contribution d'entretien due à l'enfant, soit une affaire non patrimoniale dans son ensemble;

Que l'appel déploie un effet suspensif de plein droit (art. 315 al. 1 CPC);

Qu'aux termes de l'art. 315 al. 2 CPC, l'instance d'appel peut autoriser l'exécution anticipée;

Que l'art. 315 al. 5 CPC ne trouve pas application en l'espèce, dans la mesure où le jugement dont est appel ne statue pas sur mesures provisionnelles;

Que le président soussigné a compétence pour statuer sur la requête d'exécution anticipée, vu la nature incidente et provisionnelle d'une telle décision et la délégation prévue à cet effet par l'art. 18 al. 1 LaCC, concrétisée par une décision de la Chambre civile siégeant en audience plénière et publiée sur le site Internet de la Cour;

Qu'en la matière, l'instance d'appel dispose d'un large pouvoir d'appréciation, même si une certaine retenue s'impose compte tenu des conséquences que peut avoir une telle décision (JEANDIN, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2019, n. 4 ad. art. 315 CPC);

Qu'en matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant; que par conséquent, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait régulièrement soin de lui au moment de l'ouverture de la procédure ayant donné lieu à la décision attaquée, 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 actuellement de référence; que la requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi être admise, sauf si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant ou encore si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2 et les références citées);

Qu'en cas de garde alternée, le *statu quo* doit en règle générale être maintenu afin d'éviter de préjuger de la cause (ATF 144 III 469 consid. 4.2.1);

Qu'au regard de la jurisprudence précitée, applicable *mutatis mutandis* à la requête d'exécution anticipée d'une décision finale, il y a lieu de maintenir, en principe, le *statu quo* pendant la procédure d'appel;

Qu'en l'espèce, l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 31 janvier 2019, rendue d'entente entre les parents, règle la situation de l'enfant, dont le domicile légal est à Genève, chez son père, et permet à celui-ci d'entreprendre les démarches pour que l'enfant soit inscrit à l'école à Genève pour la rentrée scolaire 2019-2020;

Qu'il résulte des pièces produites avec l'appel que le père a d'ores et déjà effectué lesdites démarches et que l'enfant va intégrer l'école primaire F_____ à Genève le 26 août prochain;

Qu'en revanche, la mère n'a pas établi avoir inscrit l'enfant à l'école primaire vaudoise;

Qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir à ce stade que les intérêts de l'enfant seraient mis en péril si les parents devaient continuer à appliquer leur accord tel qu'il a été homologué sur mesures provisionnelles le 31 janvier 2019, en particulier si le mineur était scolarisé dans son canton de domicile;

Que l'appel du 22 août 2019 ne paraît pas manifestement infondé;

Qu'en définitive, la requête d'exécution anticipée contenue dans le mémoire préventif du 19 août 2019 sera rejetée, dans la mesure où elle est recevable;

Qu'au vu des développements qui précèdent, il y a lieu de joindre préalablement les causes C/12777/2018 et C/1_____/2019 sous le numéro C/12777/2018;

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Préalablement :

Ordonne la jonction des causes C/12777/2018 et C/1_____/2019 pendantes devant la Cour de justice, sous le numéro C/12777/2018.

Statuant sur requête d'exécution anticipée :

Rejette, en tant qu'elle est recevable, la requête d'exécution anticipée formée par C_____, en son nom ainsi qu'au nom de A_____, dans le mémoire préventif déposé le 19 août 2019.

Dit qu'il sera statué sur les frais liés à la présente décision dans l'arrêt rendu sur le fond.

Siégeant :

Ivo BUETTI, président *ad interim*; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Le président *ad interim* :

Ivo BUETTI

La greffière :

Jessica ATHMOUNI

Indication des voies de recours :

La présente décision, incidente et de nature provisionnelle (ATF 137 III 475 consid. 1 et 2), est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; LTF – RS 173.110), les griefs pouvant être invoqués étant toutefois limités (art. 93/98 LTF), respectivement d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la décision attaquée.

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