



POUVOIR JUDICIAIRE

C/20173/2020

ACJC/1501/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU 17 NOVEMBRE 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ [GE], appelante d'une ordonnance rendue par la 16^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 juillet 2021, comparant par Me Sandra FIVIAN, avocate, rue de l'Arquebuse 10, 1204 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ [GE], intimé, comparant par Me Aurélie BATTIAZ GAUDARD, avocate, LBG AVOCATS, Galerie Jean-Malbuisson 15, case postale 1648, 1211 Genève 1, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26 novembre 2021.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/559/2021 du 7 juillet 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a instauré une garde alternée sur l'enfant C_____, née le _____ 2015 (ch. 1 du dispositif), dit que cette garde alternée s'exercerait, à défaut d'accord contraire entre les parties, à raison d'une alternance de périodes durant lesquelles C_____ serait chez son père du jeudi à 18h00 au mardi matin, au retour à l'école (comprenant un week-end), puis chez sa mère du mardi après l'école au jeudi matin à l'école, puis chez son père du jeudi à 18h00 au samedi matin à 10h00, puis chez sa mère jusqu'au jeudi suivant et ainsi de suite, ainsi que la moitié des vacances scolaires chez chaque parent, à savoir en alternance chaque année, la totalité des vacances de février, la deuxième moitié des vacances de Pâques, la deuxième moitié des vacances d'été et la première semaine des vacances de Noël chez l'un des parents, et la première moitié des vacances de Pâques, la première moitié des vacances d'été, la totalité des vacances d'octobre et la deuxième semaine des vacances de Noël chez l'autre parent (le dernier week-end des vacances scolaires étant compris dans celles-ci) (ch. 2), dit que le domicile légal de l'enfant C_____ était fixé chez sa mère (ch. 3), réservée la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 16 juillet 2021, A_____ appelle de cette ordonnance dont elle sollicite l'annulation avec suite de frais judiciaires et dépens. Cela fait, elle conclut à ce que la Cour déboute B_____ de ses conclusions.
- b.** Par arrêt ACJC/1022/2021 du 11 août 2021, la Cour a admis la requête formée par A_____ tendant à suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance OTPI/559/2021 du 7 juillet 2021 et dit qu'il serait statué sur les frais liés à la décision dans l'arrêt rendu sur le fond.
- c.** Dans sa réponse à appel, B_____ conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise avec suite de frais judiciaires et dépens.
- d.** Les parties ont été informées par pli du greffe de la Cour du 2 septembre 2021 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A_____, née le _____ 1979, et B_____, né le _____ 1967, sont les parents non mariés de C_____ (ci-après : C_____), née le _____ 2015.

b. Les parties ont signé le 18 mai 2015 une déclaration concernant l'autorité parentale conjointe sur C_____.

c. Par décision DTAE/3572/2015 du 26 août 2015, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : le Tribunal de protection) a notamment attribué la totalité de la bonification pour tâches éducatives relative à la mineure C_____ à sa mère en raison du fait que celle-ci prenait en charge l'enfant trois jours par semaine, les quatre autres jours étant répartis de manière égalitaire entre les parties.

d. Les parties se sont séparées en avril 2020, date à laquelle A_____ a provisoirement quitté le domicile familial avec C_____ pour le réintégrer par la suite, lorsque B_____ a trouvé un autre logement.

e. Après avoir entrepris une médiation, les parties ont convenu d'un droit de visite en faveur du père s'exerçant, depuis le mois de juin 2020, à raison d'un week-end sur deux ainsi qu'un jour par semaine, soit du dimanche à 18h00 au lundi à 16h00, et les week-ends prolongés du vendredi à 16h00 au lundi à 16h00.

f. Par courrier du 13 juin 2020, B_____ a saisi le Tribunal de protection d'une requête tendant à l'instauration d'une garde alternée sur C_____ (procédure n° C/1_____/2015).

g.a Dans son rapport du 6 octobre 2020, le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) a notamment indiqué qu'il était conforme à l'intérêt de l'enfant d'instaurer une garde alternée à raison d'une alternance de périodes durant lesquelles C_____ serait chez son père du jeudi à 18h00 au mardi matin au retour à l'école (comprenant donc un week-end), puis chez sa mère du mardi après l'école au jeudi matin à l'école, puis chez son père du jeudi à 18h00 au samedi matin à 10h00, puis chez sa mère jusqu'au jeudi matin suivant et ainsi de suite, ainsi que la moitié des vacances scolaires chez chaque parent, à savoir, en alternance chaque année, la totalité des vacances de février, la deuxième moitié des vacances de Pâques, la deuxième moitié des vacances d'été et la première semaine des vacances de Noël chez un parent, et la première moitié des vacances de Pâques, la première moitié des vacances d'été, la totalité des vacances d'octobre et la deuxième semaine des vacances de Noël chez l'autre parent (le dernier week-end des vacances scolaires étant compris dans celles-ci).

g.b Le SEASP a relevé que les deux parents disposaient des compétences parentales nécessaires à la prise en charge de l'enfant et étaient investis dans la vie de leur fille, qui se développait bien, étant précisé que la communication entre les parents, si elle était imparfaite, leur permettait toutefois d'être dans une coparentalité adéquate. Les domiciles des parents étaient géographiquement

proches, leurs disponibilités respectives appropriées et le père voulait s'impliquer davantage dans la prise en charge de sa fille.

g.c Le SEASP a notamment recueilli les propos de la pédiatre de C_____. Celle-ci a déclaré que l'enfant se développait bien et que le suivi et les vaccinations de base étaient à jour. C_____ avait pu, jusqu'à ses quatre ans, être sujette à des crises avec des cris mais la situation s'était régularisée d'elle-même. Actuellement, le développement de C_____ ne suscitait pas d'inquiétude.

h. Par requête en conciliation reçue le 12 octobre 2020 par le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), déclarée non conciliée le 30 novembre 2020 et introduite au fond le 10 février 2021, A_____ a notamment conclu à ce que la garde de l'enfant C_____ lui soit attribuée, à ce qu'un droit de visite soit réservé au père, s'exerçant, à défaut d'accord contraire entre les parties, un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi à la fin de l'école ainsi que du dimanche à 18h00 au lundi à la sortie de l'école à 16h00 et durant la moitié des vacances. Elle a également réclamé une contribution d'entretien en faveur de sa fille.

i. Le 16 octobre 2020, le Tribunal de protection a transmis au Tribunal, pour cause de compétence, le dossier de la procédure C/1_____/2015.

j. Dans sa réponse, B_____ a formé une demande reconventionnelle, assortie de mesures provisionnelles, aux termes desquelles il a conclu à l'instauration d'une garde alternée sur C_____ devant s'exercer par une alternance de périodes durant lesquelles C_____ serait chez son père, les semaines paires, du jeudi à 16h00 au mardi à 8h45, puis chez sa mère du mardi à 8h45 au jeudi à 16h00, puis les semaines impaires, chez son père du jeudi à 16h00 au samedi matin à 10h00, puis chez sa mère du samedi à 10h00 au jeudi à 16h00 et ainsi de suite ainsi que la moitié des vacances. Sur le fond, il a repris les mêmes conclusions et a notamment offert de verser une contribution à l'entretien de sa fille.

k. Lors de l'audience de débats principaux sur mesures provisionnelles du 2 juin 2021, le Tribunal a entendu les parties. A_____ s'est opposée à la demande de B_____ dans un souci de continuité. Elle a précisé que C_____ était sensible aux changements d'environnement et de rythme, un trouble de l'attention ayant été diagnostiqué. Depuis l'automne 2020, elle avait trouvé un rythme et connaissait l'alternance des jours entre son père et sa mère. A_____ a produit un rapport d'examen neuropsychologique du 8 avril 2021 faisant état d'observations effectuées sur C_____ compatibles avec un diagnostic de trouble déficitaire de l'attention.

B_____ a déclaré qu'il était exact de dire que les transitions étaient parfois un peu difficiles pour C_____. Il lui fallait au moins une heure pour briser la glace.

Il lui paraissait toutefois important que chacun des parents puisse passer un temps de qualité avec C_____.

A l'issue de l'audience, les parties ont plaidé sur mesures provisionnelles, persistant dans leurs conclusions respectives puis le Tribunal a gardé la cause à juger.

- D.** Dans l'ordonnance entreprise, le Tribunal a retenu que la cause au fond serait amenée à durer, les situations financières des parties devant encore être éclaircies, de sorte qu'il se justifiait d'entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles. Le SEASP ayant préavisé favorablement l'instauration d'une garde alternée compte tenu des bonnes compétences parentales des parties, de leurs disponibilités professionnelles respectives et de leur investissement dans la vie de l'enfant, aucun élément ne plaiderait en défaveur de la mise en place d'une garde alternée sur la mineure, de sorte qu'il y avait lieu de l'ordonner.

EN DROIT

- 1. 1.1** Interjeté contre une décision provisionnelle, soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), dans le délai de dix jours (art. 314 al. 1 CPC), suivant la forme écrite prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), dans une cause portant notamment sur le sort des droits parentaux et les relations personnelles, considérée comme non pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_784/2018 du 8 janvier 2019 consid. 1), l'appel est recevable (art. 308 al. 2 CPC).

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC), en principe dans la limite des griefs suffisamment motivés qui sont formulés (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 5; 5A_89/2014 du 15 avril 2014 consid. 5.3.2). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), avec administration restreinte des moyens de preuve, la cognition de la Cour est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, in JdT 2002 I p. 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_863/2014 du 16 mars 2015 consid. 1.4).

Les questions relatives aux enfants sont toutefois soumises à la maxime inquisitoire illimitée et à la maxime d'office. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et il établit les faits d'office (art. 55 al. 2, 58 al. 1 et 2 et 296 CPC; ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_841/2018, 5A_843/2018 du 12 février 2020 consid. 5.2).

- 2.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir instauré une garde alternée sur l'enfant sur mesures provisionnelles.

2.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

L'octroi de mesures provisionnelles suppose d'une façon générale la vraisemblance du droit invoqué. Le requérant doit ainsi rendre plausible que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 du 9 janvier 2006 consid. 3.2, SJ 2006 I p. 371; BOHNET, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2019, n. 7 *ad* art. 261 CPC). En outre, la vraisemblance requise doit porter sur un préjudice difficilement réparable, qui peut être patrimonial ou matériel (BOHNET, *op. cit.*, n. 11 *ad* art. 261 CPC). La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 116 Ia 446 consid. 2, JdT 1992 I p. 122). Elle suppose l'urgence, laquelle s'apprécie au regard des circonstances concrètes du cas (BOHNET, *op. cit.*, n. 12 *ad* art. 261 CPC).

L'existence d'un préjudice difficilement réparable doit être appréciée au regard des conséquences concrètes qu'aurait pour la partie requérante l'absence de telles mesures. Un tel préjudice devra ainsi être admis si, à défaut de mesures provisionnelles, la partie requérante serait privée en tout ou en partie de la possibilité d'entretenir des relations personnelles avec son enfant mineur : dans une telle hypothèse en effet, il ne pourra être remédié au préjudice subi pendant la procédure même en cas de décision finale favorable (ACJC/180/2020 du 28 janvier 2020 consid. 2.1.1).

Si les conditions sont remplies, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires. Pour ce faire, il procède à une pesée des intérêts en présence (BOHNET, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd., 2019, n. 14 *ad* art. 261 CPC).

La pesée d'intérêts, qui s'impose pour toute mesure envisagée, prend en compte le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire et les conséquences que celle-ci entraînerait pour le requis (BOHNET, *op. cit.*, n. 17 *ad* art. 261 CPC).

En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci, le bien de l'enfant commande, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2).

Par définition, les mesures provisionnelles servent à accorder à une partie une protection provisoire, jusqu'à ce qu'un jugement définitif soit prononcé ou puisse

l'être, mais ne peuvent toutefois pas préjuger d'un procès déjà pendant ou à venir dans la cause principale (arrêt du Tribunal fédéral 5A_687/2015 du 20 janvier 2016 consid. 4.3).

2.2 En l'espèce, c'est à tort que le Tribunal a ordonné les mesures provisionnelles requises par l'intimé. En effet, ce dernier rend vraisemblable qu'il dispose certes d'une prétention tendant à ce qu'il puisse exercer une garde alternée sur sa fille et que cette prétention fait l'objet d'une atteinte puisque l'appelante s'oppose à une telle prise en charge de l'enfant. Ces questions seront examinées avec le fond du litige. Cela étant, il n'est pas rendu vraisemblable que la situation actuelle nuise à l'intérêt de l'enfant de façon à justifier le prononcé des mesures provisionnelles impliquant, pour l'enfant, une modification de sa prise en charge telle que convenue et exercée par les parties depuis leur séparation, soit depuis près d'un an et demi.

Au contraire, il apparaît que l'enfant se porte bien et que son développement ne suscite pas d'inquiétude, hormis des observations compatibles avec un diagnostic de trouble déficitaire de l'attention, lequel n'est pas en lien avec sa prise en charge actuelle. En outre, l'appelante a relevé que l'enfant était sensible aux changements d'environnement et de rythme, ce que le père a, en quelque sorte, confirmé, indiquant qu'il était exact que les transitions étaient parfois un peu difficiles pour l'enfant. Ainsi, il n'y a aucune urgence à modifier les modalités de garde actuelles et à instaurer une garde alternée sur mesures provisionnelles – laquelle pourrait ne pas être confirmée sur le fond dans quelques mois, ce qui impliquerait un nouveau changement des modalités de garde. Une telle situation serait préjudiciable à l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le bien de l'enfant commande ici de maintenir les choses en l'état jusqu'à la décision au fond à rendre par le Tribunal et de laisser l'enfant auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence, à savoir sa mère, celle-ci l'ayant prise en charge de manière prépondérante durant la vie commune des parties puis après la séparation.

Il n'est en outre pas à craindre que le déboutement de l'intimé de ses conclusions tendant à l'instauration d'une garde alternée sur l'enfant sur mesures provisionnelles l'empêche par la suite d'obtenir, cas échéant, une garde alternée au fond, les mesures provisionnelles servant à accorder à une partie une protection provisoire, jusqu'à ce qu'un jugement définitif soit prononcé ou puisse l'être, mais ne pouvant toutefois pas préjuger d'un procès déjà pendant ou à venir dans la cause principale.

Par conséquent, les chiffres 1 à 3 de l'ordonnance querellée seront annulés et l'intimé sera débouté de ses conclusions sur mesures provisionnelles.

- 3. 3.1** Lorsque la Cour statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal (art. 318 al. 3 CPC).

3.1.1 Le renvoi de la question des frais de première instance à la décision qui sera rendue sur le fond est conforme à l'art. 104 al. 3 CPC. Le chiffre 4 du dispositif de l'ordonnance entreprise sera donc confirmé.

3.1.2 S'agissant des dépens de première instance, au vu de la qualité des parties et de la nature du litige, c'est à juste titre que le Tribunal a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (art. 107 al. 1 let. c et f CPC). Le chiffre 5 du dispositif de l'ordonnance entreprise sera confirmé.

3.2.1 Les frais judiciaires d'appel – arrêtés à 1'000 fr. (art. 31 et 37 RTFMC) – y compris les frais relatifs à l'arrêt sur effet suspensif, seront mis à la charge de l'intimé qui succombe intégralement (art. 106 al. 1 CPC) et compensés avec l'avance de frais versée par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC). L'intimé sera condamné à verser ce montant à l'appelante au titre de remboursement des frais judiciaires d'appel (art. 111 al. 2 CPC).

3.2.2 Pour les raisons déjà exposées ci-dessus (cf. consid. 3.1.2 *supra*), il ne sera pas alloué de dépens d'appel.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/559/2021 rendue le 7 juillet 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20173/2020.

Au fond :

Annule les chiffres 1 à 3 du dispositif de l'ordonnance précitée.

Cela fait et statuant à nouveau :

Déboute B_____ de ses conclusions sur mesures provisionnelles.

Confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr., les met à la charge de B_____ et les compense avec l'avance de frais de même montant versée par A_____.

Condamne B_____ à verser 1'000 fr. à A_____ au titre de remboursement des frais judiciaires d'appel.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD, Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Sophie MARTINEZ

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.

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