



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21682/2019

ACJC/294/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 18 FEVRIER 2020**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), appelant d'un jugement rendu par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 28 octobre 2019, comparant par Me Katarzyna Kedzia Renqin, avocate, rue Ferdinand-Hodler 15, case postale 6090, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Pierre Siegrist, avocat, Grand-Rue 17, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 3 mars 2020.

EN FAIT

A. a. A _____ et B _____, tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le _____ 2014 et résident à Genève. Ils sont les parents d'une enfant, C _____, née le _____ 2014.

b.a. Séparés de fait depuis le 8 mars 2018, les époux se sont opposés dans le cadre d'une procédure sur mesures protectrices de l'union conjugale instruite sous le numéro de cause C/1 _____/2018 et initiée par B _____ le 8 mars 2018.

B _____ sollicitait l'attribution exclusive de la garde de C _____, en réservant un droit de visite en faveur du père d'un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir et de la moitié des vacances scolaires.

b.b. Sur le plan professionnel, les deux époux ont exposé dans le cadre de cette procédure qu'ils travaillaient à plein temps.

La mère, employée chez D _____, disposait d'horaires flexibles, lui permettant d'arriver le matin entre 7h et 9h et d'être de retour à la maison pour 17h30.

Le père travaillait pour le compte de E _____, avec des horaires irréguliers, selon des horaires hebdomadaires successifs de 17h-02h, 10h-19h, et 6h-15h, ainsi que trois week-ends par mois, puisqu'il était tenu de travailler deux semaines consécutives au moins incluant un week-end.

b.c. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 29 mai 2018, le Tribunal a fixé provisoirement, compte tenu des horaires irréguliers du père et des difficultés de communication entre les époux, les modalités du droit de visite de A _____ sur sa fille durant les lundis et mardis, C _____ étant en outre avec son père, ainsi que durant l'été, durant trois week-ends par mois.

b.d. Parallèlement, et au vu de la situation familiale, le Tribunal a ordonné une évaluation sociale au SEASP, lequel a préavisé, dans son rapport du 13 novembre 2018, comme conforme à l'intérêt de l'enfant de confier la garde exclusive de C _____ à la mère et de réserver au père un droit de visite de deux week-ends par mois lorsque celui-ci avait congé le week-end, ainsi qu'au minimum quatre jours par mois, y compris la nuit afférente, en fonction de ses jours de congé et durant la moitié des vacances scolaires.

Le SEASP a notamment fait les observations suivantes :

- la séparation parentale avait engendré d'importantes tensions et un mode de communication parentale peu fonctionnel;

- grâce à la décision judiciaire provisoire du 29 mai 2018, les parents avaient pu s'organiser et le planning mis en place sur cette base pour l'exercice du droit de visite convenait à tous depuis la rentrée scolaire 2018;

- l'enfant C_____ évoluait bien tant sur le plan psychologique que somatique;

- chaque parent disposait de bonnes compétences parentales;

- les craintes exprimées par A_____ quant à d'éventuelles négligences sur l'enfant n'avaient pu être objectivées par aucun professionnel, la prise en charge de l'enfant par sa mère étant bonne;

- il apparaissait qu'au terme de l'évaluation, les parents étaient d'accord pour que la garde de fait soit confiée à la mère;

- s'agissant de l'étendue du droit aux relations personnelles en faveur de A_____, celles-ci devaient être fixées en tenant compte de ses horaires irréguliers, afin que le père puisse passer en toute hypothèse autant de temps qu'actuellement avec sa fille, raison pour laquelle le SEASP préconisait un droit de visite de deux week-ends par mois lorsque celui-ci avait congé le week-end, ainsi qu'au minimum quatre jours par mois, y compris la nuit afférente, en fonction de ses jours de congé et durant la moitié des vacances scolaires.

c. Par jugement JTPI/18985/2018 du 3 décembre 2018, statuant d'entente entre les parties, le Tribunal de première instance a notamment autorisé les époux à vivre séparés, attribué la jouissance du domicile conjugal à B_____, attribué à cette dernière la garde sur C_____, réservé à A_____ un droit de visite devant s'exercer, à défaut d'accord contraire des parties, à raison de deux week-ends par mois lorsqu'il a congé, quatre jours par mois, y compris la nuit afférente, en fonction de ses jours de congé, deux soirs pour les repas du soir et jusqu'à 20h30 durant les semaines où A_____ finit son travail à 15h, ainsi que la moitié des vacances scolaires, dit que le montant permettant d'assurer l'entretien convenable de C_____ était de 1'385 fr. par mois jusqu'au 31 août 2018, puis de 1'000 fr. par mois du 1er septembre 2018 jusqu'à l'âge de 10 ans révolus, et condamné A_____, en tant que de besoin, à verser ces montants à B_____ sous déduction des sommes déjà versées.

B. a. Par acte déposé au greffe du Tribunal le 26 septembre 2019, A_____ a formé une requête de nouvelles mesures protectrices de l'union conjugale.

Il a conclu à ce que le Tribunal annule les chiffres 2 à 5 du jugement du 3 décembre 2018 précité et, statuant à nouveau, à ce qu'il instaure un régime de garde alternée sur l'enfant C_____, à raison d'une semaine sur deux en alternance du lundi au lundi ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, dise que C_____ doit être avec son père les semaines où celui-ci travaille

de 6h30 à 14h30, dise et constate que le montant de l'entretien convenable de C_____ est de 1'590 fr. par mois, donne acte de l'engagement de A_____ de prendre à sa seule charge les primes d'assurance-maladie de C_____, ses frais de cuisines scolaires, ses activités parascolaires et ses frais d'activités extra-scolaires, ainsi que la moitié des frais extraordinaires de l'enfant moyennant accord préalable des deux parents sur le principe et la quotité de celle-ci, dise que les allocations familiales doivent revenir intégralement à A_____, dise qu'aucune contribution d'entretien n'est due par aucun des parents pour autant que soient entérinées les conclusions précédentes, le tout sous suite de frais et dépens.

A_____ a fait notamment valoir que sa situation s'était modifiée depuis le jugement du 3 décembre 2018, en ce sens qu'il avait de nouveaux horaires de travail à partir du mois de septembre 2019, lesquels étaient compatibles avec une garde alternée, à l'inverse des précédents. En effet, il travaillait désormais, en alternance, une semaine de 6h30 à 14h30 et l'autre semaine de 12h00 à 20h00.

A_____ souhaitait que sa fille soit avec lui les semaines où il travaillait entre 6h30 et 14h30, ce qui lui permettait de s'occuper d'elle à la sortie de l'école.

Selon l'attestation établie par son employeur le 26 juin 2019, A_____ effectuerait les horaires précités à compter du mois de septembre 2019 et travaillerait un samedi sur quatre.

b. Par jugement JTPI/15046/2019 du 28 octobre 2019, le Tribunal a débouté A_____ de sa requête (chiffre 1 du dispositif), mis à sa charge les frais judiciaires, en 500 fr. (ch. 2 à 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

Faisant application des art. 271 al. 1 CPC et 253 CPC *a contrario*, le Tribunal a directement rendu son jugement, sur la seule base de la requête, sans interpellier la partie adverse ni tenir d'audience.

Pour le Tribunal, l'état de fait était clair et résultait suffisamment de la requête et des pièces produites. Par ailleurs, la qualification des circonstances prétendument nouvelles justifiant de revenir sur le jugement de mesures protectrices du 3 décembre 2018 relevait du droit et non du fait, cette question étant en outre soustraite à la libre disposition des parties du fait de la maxime d'office applicable. Il se justifiait ainsi exceptionnellement de statuer immédiatement en application de l'art. 253 CPC au vu du caractère manifestement infondé de la requête.

Les conditions de l'art. 179 al. 1 CC n'étaient pas remplies. A_____ se prévalait d'une circonstance (la modification de ses horaires de travail) qu'il avait lui-même provoquée (en la sollicitant de son employeur), à dessein, dans la perspective de pouvoir présenter la requête de modification des mesures protectrices. Il ne s'agissait donc pas d'un fait qui se serait imposé à lui ou qui aurait été imprévisible

au moment du premier jugement. L'intéressé ne rendait en outre nullement vraisemblable qu'il n'aurait pu solliciter pareil aménagement déjà lors de la première procédure. L'attitude de A_____ apparaissait contradictoire et donc contraire au principe de la bonne foi, l'intéressé ayant fait clairement le choix "tactique" de ne pas revendiquer dans un premier temps la garde alternée, en dépit de ses horaires irréguliers, avant de se raviser en provoquant lui-même un aménagement de ses horaires et d'utiliser cette circonstance pour remettre en cause l'ensemble d'un jugement qui avait l'aval des parties.

De plus, la circonstance invoquée ne constituait pas une modification essentielle et durable des circonstances au sens de la jurisprudence. En effet, d'une part, les horaires de A_____ demeuraient irréguliers, si bien que le fait qu'ils se répartissaient sur deux semaines au lieu de trois ne constituait pas une modification notable des circonstances. En outre, et quelle que soit la semaine durant laquelle il exercerait sa garde de fait, le père n'était pas davantage disponible, puisqu'il envisageait de recourir à une garde tierce de 6h00 à 8h00 le matin ainsi que le mercredi jusqu'à 15h00 et qu'il demeurait tenu de travailler un samedi sur quatre. D'autre part et surtout, une modification des horaires d'un parent ne constituait nullement, à l'instar d'une modification du taux d'activité ou même d'un changement d'emploi ou d'affectation, une circonstance qui n'était pas déjà envisageable au moment du premier jugement, ce qui excluait de pouvoir y revenir par le biais de nouvelles mesures protectrices de l'union conjugale. Aussi, faute de toute circonstance nouvelle non envisageable au moment du jugement, il n'y avait pas lieu d'entrer en matière sur la requête, qui ne peut qu'être rejetée.

- C. a.** Par acte déposé le 11 novembre 2019, A_____ forme appel de ce jugement, reçu le 31 octobre 2019. Il conclut principalement à son annulation et à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal pour la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties et instruction de la cause, B_____ devant être condamnée en tous les frais et dépens de la procédure.

Il a produit un courrier de son employeur, daté du 11 novembre 2019, dont il ressortait que c'était le chef de service qui avait décidé de modifier l'horaire de travail de tous les collaborateurs du Service auquel A_____ était affecté, ce changement s'appliquant à 11 personnes.

b. Aux termes de sa réponse déposée le 6 décembre 2019, B_____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais judiciaires et de dépens. Elle relève notamment que les nouveaux horaires de son époux faisaient suite à une réorganisation de son service et non pas à une demande de sa part. Cela étant, ils étaient incompatibles avec une garde alternée.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

d. Par avis du greffe de la Cour du 3 janvier 2020, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1. 1.1.1.** L'appel est recevable contre les jugements de mesures protectrices - qui doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (ATF 137 III 475 consid. 4.1) - dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les jugements de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai d'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

1.1.2 En l'espèce, le litige porte principalement sur la réglementation des droits parentaux, de sorte que l'affaire doit être considérée comme étant non pécuniaire dans son ensemble; la voie de l'appel est ouverte indépendamment de la valeur litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1).

L'appel a été introduit en temps utile, selon la forme prescrite par la loi (art. 311 al. 1 CPC). Il est donc recevable.

- 2.** Dans un premier moyen, l'appelant reproche au premier juge de ne pas avoir tenu audience et violé ainsi l'art. 273 CPC et son droit d'être entendu.

2.1.1. L'art. 253 CPC, applicable à la procédure sommaire, énonce que lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit.

2.1.2. Les mesures protectrices de l'union conjugale sont soumises à la procédure sommaire (art. 271 CPC).

Aux termes de l'art. 273 al. 1 CPC, le tribunal tient une audience. Il ne peut y renoncer que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté. Les parties comparaissent personnellement, à moins que le tribunal ne les en dispense en raison de leur état de santé, de leur âge ou de tout autre juste motif (al. 2). Le tribunal tente de trouver un accord entre les parties (al. 3).

L'art. 273 al. 1 CPC est une *lex specialis* par rapport à la règle générale de l'art. 256 al. 1 CPC : le juge des mesures protectrices de l'union conjugale doit en principe tenir une audience avant de statuer ; il ne peut y renoncer que dans des cas simples et sans contestation quant aux faits ou si les époux ont déjà comparu récemment devant lui, par exemple s'il s'agit de ratifier une convention.

Par ailleurs, dès lors qu'il n'y a pas de procédure de conciliation préalable séparée devant l'autorité de conciliation, le juge des mesures protectrices saisi doit lui-même procéder à la conciliation des parties et tenter de trouver un accord entre elles (art. 273 al. 3 CPC).

Selon la doctrine, l'interrogatoire des parties devrait souvent jouer un rôle important dans le cadre de l'administration des preuves (TAPPY, *in* Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., 2019, n. 25 ad art. 273 CPC).

La Cour de justice a d'ores et déjà jugé qu'une audience est indispensable lorsque les faits sont contestés par les parties (ACJC/39/2012 du 12 janvier 2012).

2.2.1. Selon l'art. 179 al. 1 CC, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

Selon la jurisprudence, la modification des mesures protectrices ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt du Tribunal fédéral 5A_64/2018 du 14 août 2018 consid. 3.1).

2.2.2. Dans un arrêt 5A_842/2015 du 26 mai 2016, partiellement publié aux ATF 142 III 518 consid. 2.5, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 279 CC - relatif à l'homologation des conventions sur les effets accessoires de divorce - s'applique également aux conventions conclues en procédure de mesures protectrices (consid. 2.5), de sorte que les possibilités de modifier des mesures protectrices fixées sous forme de convention des époux ratifiée par le juge sont restreintes de la même manière (consid. 2.6). Seuls les changements importants concernant des faits qui ont été considérés comme certains lors de la convention peuvent justifier une modification de celle-ci. Les faits incertains au moment de l'accord et qui ont précisément fait l'objet de la transaction (*captum controversum*) ne peuvent quant à eux faire l'objet d'aucune adaptation dès lors qu'il n'est pas possible de mesurer le caractère notable du changement de circonstances, sous réserve de faits nouveaux qui se trouvent clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle est envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord (consid. 2.6.1).

2.3. Si d'après l'art. 273 al. 1 CPC, il est possible de renoncer à la tenue d'une audience lorsque l'état de fait est clair ou incontesté, l'art. 253 CPC, qui permet au

juge d'écarter directement une requête, suppose le caractère manifestement irrecevable ou infondé de celle-ci. La question de savoir comment s'organisent entre elles ces deux dispositions et si elles s'excluent ou pas souffre de rester indécise pour les motifs qui suivent.

Le rejet d'une requête sans audition de la partie adverse présuppose que celle-ci apparaisse d'entrée de cause infondée, sur la base de l'état de fait présenté dans la requête.

Or, en l'occurrence, le Tribunal a écarté l'argument de l'appelant selon lequel sa nouvelle organisation au travail permettrait désormais la mise en œuvre d'une garde alternée, sans vérifier quelle était la position de la mère à ce sujet.

Surtout, le Tribunal a considéré que l'appelant avait lui-même provoqué la modification de ses horaires de travail et qu'il aurait ainsi pu le faire plus tôt, au cours de la première procédure en mesures protectrices, lui reprochant un comportement contradictoire et contraire au principe de la bonne foi. Or, tant l'intimée que l'employeur ont confirmé que c'était suite à une réorganisation du service que les horaires de travail de l'appelant avaient été modifiés.

Ce faisant, le Tribunal a retenu en défaveur de l'appelant des circonstances que ce dernier n'avait pas présentées ainsi dans la requête, sans lui donner l'occasion de s'exprimer à ce sujet, en violation de son droit d'être entendu.

Pour ce motif, et quand bien même le Tribunal a eu raison de souligner que les possibilités de modifier des mesures protectrices fixées sous forme de convention des époux ratifiée par le juge sont plus restreintes, il convient d'admettre l'appel et d'annuler le jugement entrepris.

La requête en mesures protectrices ayant été rejetée d'entrée de cause, comme étant manifestement infondée, elle n'a pas été instruite, de sorte qu'il convient de renvoyer le dossier au premier juge, afin qu'il cite les parties à comparaître personnellement à une audience (art. 318 al. 1 let c. CPC), tente une conciliation et examine ensuite si les conditions de l'art. 179 CC sont réalisées.

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

3.2 En l'espèce, la cause doit être renvoyée au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Il se justifie dès lors d'inviter le Tribunal à statuer sur l'ensemble des frais judiciaires et dépens de première instance dans le jugement qu'il rendra au terme de la procédure de renvoi.

3.3. Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 800 fr. (art. 5, 30 al. 2 let. a et 35 RTFMC). Ils seront mis à la charge de l'épouse, intimée, qui a conclu au rejet de l'appel.

L'intimée plaidant au bénéfice de l'assistance juridique, ces frais demeureront provisoirement à la charge de l'Etat, lequel pourra en exiger ultérieurement le remboursement auprès d'elle (art. 123 CPC). L'avance de frais de 800 fr. versée par l'appelant lui sera restituée (art. 111 al. 2 CPC).

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. f CPC).

- 4.** L'arrêt de la Cour, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, est susceptible d'un recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 11 novembre 2019 par A_____ contre le jugement JTPI/15046/2019 rendu le 28 octobre 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21682/2019-10.

Au fond :

Annule ce jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.

Réserve le sort des frais judiciaires et dépens de première instance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions d'appel.

Sur les frais d'appel:

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr. et les met à la charge de B_____.

Les laisse provisoirement à charge de l'Etat de Genève, vu l'octroi de l'assistance judiciaire.

Ordonne la restitution par les Services financiers du Pouvoir judiciaire à A_____ de l'avance de frais versée.

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

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Verena PEDRAZZINI RIZZI et Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

La présidente :

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE

La greffière :

Jessica ATHMOUNI

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.