

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22617/2008

ACJC/1359/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure spéciale

AUDIENCE DU VENDREDI 13 NOVEMBRE 2009

Entre

X_____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par la 17^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 avril 2009, comparant par Me Jacques Barillon, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Dame X_____, née D_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Marc Mathey-Doret, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17.11.2009.

EN FAIT

- A. Par jugement du 2 avril, communiqué aux parties par pli du 9 avril 2009, le Tribunal de première instance a statué sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par Dame X_____ contre X_____.

Le Tribunal a ainsi autorisé les époux à vivre séparés (ch. 1). Il a attribué à la mère la garde sur les deux enfants (ch. 2) tout en réservant un droit de visite devant s'exercer chaque semaine, du mercredi matin au jeudi matin à la reprise des cours, un week-end sur deux, du vendredi à la fin des cours au lundi matin à la reprise des cours ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (ch. 3). Le père a été condamné à verser la somme de 3'500 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille (ch. 4) et le domicile conjugal lui a été attribué (ch. 5).

Ces mesures ont été prononcées pour une durée indéterminée (ch. 6), les dépens ont été compensés (ch. 7) et les parties déboutées de toutes autres conclusions (ch. 8).

- B. Par acte déposé au greffe de la Cour le 14 mai 2009, X_____ a formé appel de ce jugement dont il demande l'annulation. Sur le fond, il sollicite l'attribution de la garde sur les enfants, moyennant la réserve d'un droit de visite en faveur de la mère; il renonce à toute contribution pour l'entretien des enfants, demande le partage par moitié des frais extraordinaires d'entretien des enfants et conclut à être condamné à verser la somme de 1'000 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de Dame X_____. Il a repris ces conclusions dans ses écritures du 17 septembre 2009 et les a confirmées en plaidant le 1^{er} octobre 2009.

De son côté, Dame X_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris. A titre préalable, elle a requis l'exécution provisoire de ce jugement. Cette requête a fait l'objet d'un arrêt de la Cour du 16 juillet 2009 prononçant l'exécution provisoire du chiffre 4 du dispositif du jugement, soit la contribution à l'entretien de la famille, à concurrence de 1'000 fr. par mois. Dans ses écritures du 17 septembre 2009, Dame X_____ a repris ses précédentes conclusions; invoquant des faits nouveaux (ch. 1 à 7 des écritures), elle sollicite désormais l'instauration d'une curatelle de surveillance des relations personnelles entre les enfants et le père.

Par arrêt préparatoire du 16 juillet 2009, la Cour a invité le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) à informer les mineurs du déroulement de la procédure d'appel, à recueillir leur avis et à les informer de leur droit d'être entendu par un juge. Par courrier du 28 août 2009, le SPMi a informé la Cour que la fille cadette n'avait pas souhaité s'exprimer et que le fils aîné avait demandé que le contenu de sa déclaration soit uniquement transmis au juge et pas aux parties.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. X_____, né à _____ le _____ 1962, et Dame X_____, née à _____ le _____ 1966, tous deux ressortissants suisses, se sont mariés le _____ 1994 à _____. Ils n'ont pas conclu de contrat de mariage.

Deux enfants sont issus de cette union : A_____, né le _____ 1997 à _____, et B_____, née le _____ 2000 à _____.

b. L'arrivée des enfants dans le couple semble en grande partie être à l'origine des dissensions entre les époux.

Les époux ont ainsi développé une conception antinomique de l'éducation de leurs enfants. Cela se traduit notamment par la cadence et le nombre des activités extrascolaires, que le père appelle de ses vœux, tandis que la mère met l'accent sur les relations sociales et les temps de repos. Du temps de la vie commune, la mère assurait les tâches d'intendance tandis que le père assurait une présence soutenue sur le plan éducatif et ludique. De cette manière, ils jouaient chacun un rôle distinct et contribuaient à l'encadrement des enfants.

En 2003, X_____ a entrepris une thérapie auprès d'un psychiatre, qu'il a achevée en juillet 2008. Il affirme avoir pris cette mesure sur l'insistance de son épouse et dans le but d'améliorer la situation conjugale.

c. Le 28 septembre 2008, une altercation a opposé les époux. Dame X_____ explique avoir, à cette occasion, été frappée et bousculée par son mari puis être tombée par terre. Celui-ci affirme avoir été poussé à bout par l'attitude de son épouse, laquelle userait de ce procédé pour lui faire perdre ses moyens. A teneur d'un certificat médical du même jour, Dame X_____ a souffert d'un hématome dans la région temporale gauche et de douleurs de la colonne vertébrale.

A la suite de ces événements, Dame X_____ a déposé le 8 octobre 2008 une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Les mesures préprovisoires requises par Dame X_____ ont été rejetées par ordonnance du 3 novembre 2008, en raison du défaut d'urgence à statuer immédiatement.

Le 1^{er} février 2009, Dame X_____ a trouvé un nouveau logement, soit un appartement de 3 pièces et demie situé à ..., à proximité du domicile conjugal que X_____ a conservé. Les parties ont alors pratiqué une garde alternée. Dans l'exercice de celle-ci, X_____ insiste sur sa plus grande disponibilité - étant enseignant - que son épouse qui exerce plusieurs activités professionnelles. La situation actuelle de garde alternée ne convient ni aux parents, ni aux enfants. Les parties s'accordent sur le fait qu'une décision attribuant à l'un des parents la garde des enfants doit être maintenant prononcée.

d. Le SPMi a rendu un rapport d'évaluation sociale le 28 janvier 2009. Celui-ci se fonde sur les déclarations des parents, celles des enseignants des enfants et celles du psychiatre du père.

Les enseignants ont indiqué que les enfants ne rencontraient aucune difficulté dans leurs apprentissages scolaires ou leur comportement. Aucun signe d'alerte relatif aux dissensions parentales n'a été évoqué; A_____ a été décrit comme étant un bon élève introverti, plutôt en retrait au niveau de son comportement.

Le psychiatre de X_____ a décrit celui-ci comme étant un excellent père, très soucieux du bien de ses enfants et a précisé avoir rarement vu un parent aussi investi dans son rôle parental; il a ajouté que X_____ était désormais en mesure de gérer le contexte de séparation, ce qui aurait été exclu quelques années auparavant.

Le SPMi a constaté que, pour l'instant, les parents se trouvaient dans l'incapacité de maintenir une relation coparentale fonctionnelle. Cela étant, les parents disposaient, chacun à titre individuel, de capacités suffisantes pour assurer l'encadrement quotidien. Le Service a établi que les enfants suivaient de nombreuses activités extrascolaires: hockey, contrebasse, échecs et judo pour A_____; céramique, échecs, solfège, piano et équitation pour B_____. S'agissant de la prise en charge des enfants pour ces activités, le Service a constaté que l'emploi du temps du père était particulièrement bien adapté; de l'avis du Service, cet élément revêtait cependant une importance relative en raison de l'autonomie que les enfants semblaient déjà avoir acquise. En outre, le Service a apprécié la situation de la manière suivante :

"(...) en terme de reconnaissance du rôle parental de chacun, Dame X_____ semble, en l'état, accorder une plus grande importance au maintien d'une implication régulière des deux parents, au vu de la complémentarité de leurs apports respectifs à l'égard des enfants. X_____, pour sa part, sans remettre en question le maintien d'une relation affective de ces derniers avec chacun des parents, préconise, par rapport aux aspects éducatifs, le retrait du parent non gardien, au vu des divergences parentales sur ce plan. Dans la mesure où l'intérêt des enfants recommande le maintien de la fonction et du rôle de chacun des parents malgré la séparation conjugale, il ressort que Dame X_____ est actuellement plus à même de leur assurer une continuité à cet égard.

(...) elle [Dame X_____] conçoit un plus grand équilibre entre, d'une part, la vie intellectuelle des enfants et, d'autre part, leur vie sociale et affective. En terme de développement des capacités de socialisation, le maintien de cet équilibre semble d'autant plus important pour A. _____, enfant à fort potentiel intellectuel, mais en retrait au niveau relationnel".

e. La situation financière des parties se présente de la manière suivante :

X_____ est enseignant à plein temps auprès du Département de l'instruction publique pour un salaire mensuel net de 8'126 fr. Ses charges incompressibles comprennent son loyer (1'930 fr.), sa prime d'assurance maladie obligatoire (384 fr.), ses frais de transport (150 fr. : montant admis en raison des transports des enfants) et ses impôts (400 fr. : estimation non remise en cause).

Dame X_____ travaille comme éducatrice à 60% à la Crèche E_____ située dans le canton de Vaud; son revenu mensuel net moyen est de 2'500 fr. Elle exerce en outre une activité indépendante dans le domaine des consultations ayurvédiques et psychologiques et admet, à ce titre, réaliser un gain supplémentaire net de 700 fr. par mois. Invoquant le manque de précision des pièces produites, X_____ affirme que ce gain accessoire s'élèverait à 1'750 fr. par mois. Les charges incompressibles de Dame X_____ comprennent son loyer (1'435 fr.), sa prime d'assurance maladie obligatoire (286 fr.), ses frais de transport (150 fr.: montant admis en raison du lieu de travail de Dame X_____) et ses impôts (200 fr.: estimation non remise en cause).

S'agissant des enfants, leurs primes d'assurance maladie obligatoire s'élèvent à 286 fr. par mois pour les deux enfants.

- D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 365 et 300 LPC). Il est ainsi recevable.

Le jugement querellé ayant été rendu en premier ressort (art. 364 al. 5 LPC), la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

Les allégués de fait formulés par l'intimée dans ses dernières conclusions sont en principe irrecevables, ainsi que ses nouvelles conclusions en instauration d'une curatelle. Ces faits, même recevables, ne modifieraient pas l'issue du litige (cf. consid. 2.2). Quant à la conclusion nouvelle, elle ne serait de toute manière pas fondée (cf. consid. 2.3).

2. L'appelant conteste l'appréciation du Tribunal en tant qu'il a attribué à la mère la garde sur les deux enfants.

2.1 Selon l'art. 176 al. 3 CC, lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 273 ss CC).

Pour l'attribution de la garde de l'enfant mineur ainsi que pour régler les modalités du droit de visite à l'autre parent, le critère prépondérant réside dans le bien de

l'enfant (ATF 123 III 445 consid. 3b; en dernier lieu: ATF 131 III 209 consid. 5). En ce qui concerne la garde, il y a lieu de prendre en compte les capacités respectives des parents à pourvoir à la bonne éducation de leur enfant, la nature et la qualité des relations entretenues par chacun des parents avec l'enfant, enfin la possibilité concrète de chacun d'eux de consacrer une part substantielle de leur temps à s'en occuper. Il faut en définitive 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 nécessaires à un développement harmonieux des points de vue psychique, moral et intellectuel (ATF 117 II 353 consid. 3; STETTLER/GERMANI, Droit civil III, Fribourg 1999, p. 250).

Dans le domaine de l'attribution de la garde ainsi que du règlement des relations personnelles avec le parent non gardien, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC (ATF 122 III 404 consid. 3d).

2.2 Dans le cadre de la présente procédure, caractérisée par une administration restreinte des moyens de preuve et par une limitation du degré de preuve à la simple vraisemblance (ATF 127 III 474 consid. 2/b/bb), le juge en est souvent réduit à apprécier les seuls éléments que sont les déclarations des parties et les pièces versées au dossier. Une portée particulière est conférée au rapport d'évaluation sociale. Celui-ci prend en compte tout une série d'éléments objectifs, basés sur les déclarations d'intervenants scolaires, médicaux ou sociaux; il contient également des appréciations subjectives, lesquelles dénotent souvent une grande expérience de la matière, mais ne sauraient remplacer le pouvoir de décision du juge.

Les capacités respectives des parents à assurer la garde des enfants sont en l'espèce reconnues par le SPMi. Sur le plan de leur stabilité affective ou psychique, malgré les reproches respectifs des parties, il n'existe pas non plus de critère distinctif. Quant à l'épisode ayant précédé le dépôt de la présente requête de mesures protectrices de l'union conjugale, il est isolé et n'a pas concerné directement les enfants. Si des éclats de voix ou des écarts de langage ont été constatés entre les époux, il ne s'agit pas non plus de circonstances d'une gravité telle qu'elles empêcheraient l'un ou l'autre des parents d'exercer une garde sur les enfants. Enfin, les renseignements transmis par le psychiatre de l'appelant démontrent que celui-ci a été capable d'entreprendre un travail sur lui-même et que, au terme de plusieurs années, le résultat semble satisfaisant.

La difficulté de la présente situation consiste en définitive à distinguer quels éléments de la procédure paraissent déterminants pour assurer aux enfants le meilleur développement des points de vue psychique, moral et intellectuel. Le SPMi, pour justifier l'attribution de la garde à la mère, a insisté sur le fait que celle-ci paraissait plus encline que le père à respecter une implication régulière des deux parents. Cette appréciation, reprise par le Tribunal dans le jugement

entrepris, paraît trop générale : le SPMi a lui-même constaté que les réticences du père étaient limitées "*aux aspects éducatifs*" alors que ce père ne remettait pas en cause "*le maintien d'une relation affective (des deux parents)*"; en outre, du fait des conceptions divergentes des parents en matière d'éducation, il est dans l'ordre des choses que l'une de ces conceptions ait tendance à prédominer lorsque les enfants seront principalement chez l'un de leurs parents. Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme le SPMi, cette seule assertion de l'appelant n'est pas suffisante pour privilégier la solution de la garde auprès de la mère.

Le SPMi - et à sa suite le Tribunal - a également justifié l'attribution de la garde à la mère par le fait que celle-ci concevait un plus grand équilibre entre la vie intellectuelle des enfants et leur vie sociale et affective. Ce jugement de valeur repose sans doute sur le constat que le père encourage de nombreuses activités extrascolaires, ce qui semble moins être le cas de la mère qui privilégie les temps de repos. Or, en l'état de la procédure, il ne semble pas que ce choix du père soit préjudiciable aux enfants. D'ailleurs, à l'âge que les enfants atteignent, il faut partir du principe que ce choix est partagé par les intéressés. Enfin, il est notoire que de telles activités contribuent à la vie sociale, en particulier pour ce qui concerne les sports tels que le hockey, le judo ou l'équitation. Dès lors, il ne s'agit pas non plus là de circonstances à ce point déterminantes pour justifier l'attribution de la garde à la mère.

2.3 Par rapport aux éléments qui viennent d'être rappelés et qui ont fondé la décision dont est appel, il paraît opportun de rappeler que c'est le père qui, déjà du temps de la vie commune, a principalement assumé les tâches d'éducation auprès des enfants, élément important pour assurer une stabilité de ceux-ci sur le plan scolaire. C'est également le père qui dispose de l'emploi du temps le plus adapté pour assurer ces tâches ainsi que pour accompagner les enfants à leur activités extrascolaires. Sur ce point, il est exact que l'aîné des enfants peut certainement se rendre seul à certaines de celles-ci; en revanche, cela semble moins évident pour la cadette, âgée de neuf ans, surtout si ces certaines de ces activités, par exemple l'équitation, se déroulent à la campagne. En fonction de ces éléments objectifs, qui ne remettent pas en cause les capacités parentales de l'intimée, il paraît - en l'état de la procédure - que l'attribution de la garde au père est susceptible d'offrir une meilleure stabilité pour les enfants.

Pour ce qui concerne les relations personnelles entre les enfants et la mère, il faut tenir compte du fait que, pour l'instant, les parties pratiquent une garde alternée. Il convient donc d'accorder au parent non gardien un droit de visite étendu, de l'ampleur de celui accordé par le premier juge à l'appelant mais tenant compte des disponibilités réduites de l'intimée. Ce droit comprendra un soir chaque semaine, un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires. Sauf accord contraire des parties, pour assurer un certain rythme dans la prise en charge des enfants par

leur mère, le soir concerné de la semaine sera le jeudi, de la fin de l'école au vendredi matin reprise de l'école. Il appartiendra à la mère d'assurer les transports.

Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris sera annulé. Pour le surplus, il n'y a pas lieu en l'état de prévoir de curatelle d'organisation ou de surveillance du droit de visite. La Cour part en effet du principe que la présente décision - en tant qu'elle met fin à une situation qui ne satisfaisait ni les parents ni les enfants - devrait permettre aux parents de retrouver un dialogue suffisant en ce qui concerne les relations personnelles sur les enfants.

- 3.** Sur le plan financier, l'appelant offre de verser la somme de 1'000 fr. à titre de contribution à l'entretien de l'intimée.

3.1 La contribution d'entretien fixée sur mesures protectrices de l'union conjugale doit être déterminée selon les dispositions applicables à l'entretien de la famille (art. 163 ss CC; ATF 130 III 537 consid. 3.2, SJ 2004 I 529).

Ainsi, tant que l'union conjugale n'est pas dissoute et lorsque le revenu total des deux conjoints dépasse leur minimum vital, l'excédent doit en principe être réparti entre eux, sans que cette répartition n'anticipe sur la liquidation du régime matrimonial (ATF 126 III 8 consid. 3c).

3.2 En l'espèce, si l'on ajoute aux charges de l'appelant (1'930 fr. de loyer; 384 fr. d'assurance maladie obligatoire; 150 fr. de frais de transport; 400 fr. d'impôts), les charges des enfants (286 fr. d'assurance maladie obligatoire) ainsi que l'entretien de base pour lui-même (1'250 fr.) et les enfants (350 fr. x 2), on obtient un total de 5'100 fr. Compte tenu du revenu de 8'126 fr. cela laisse un disponible de 3'000 fr. environ.

De son côté, l'intimée supporte des charges totales de 3'171 fr. (1'435 fr. de loyer; 286 fr. d'assurance maladie obligatoire; 150 fr. de frais de transport; 200 fr. d'impôts; 1'100 fr. d'entretien de base). Elle couvre tout juste ces charges avec le revenu de 3'200 fr. qu'elle admet réaliser.

3.3 Compte tenu d'une répartition du solde disponible de l'appelant à raison de deux tiers pour lui-même et les enfants et d'un tiers pour l'intimée, la contribution de 1'000 fr. est adaptée. Le jugement entrepris sera également réformé sur ce point.

- 4.** Vu la qualité des parties, les dépens d'appel seront compensés (art. 176 al. 3 LPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X_____ contre le jugement JTPI/4161/2009 rendu le 2 avril 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/22617/2008-17.

Au fond :

Annule les chiffres 2, 3 et 4 de son dispositif.

Et statuant à nouveau sur ces points :

Attribue à X_____ la garde sur les enfants A_____, né le _____ 1997, et B_____, née le _____ 2000.

Réserve à Dame X_____ un large droit de visite sur les enfants devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, chaque semaine du jeudi à la fin des cours au vendredi matin à la reprise des cours, un week-end sur deux, du vendredi à la fin des cours au lundi matin à la reprise des cours, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

Condamne X_____ à verser à Dame X_____, par mois et d'avance, la somme de 1'000 fr. à titre de contribution à son entretien.

Confirme le jugement pour le surplus.

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Renate PFISTER-LIECHTI et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

François CHAIX

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.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.