



POUVOIR JUDICIAIRE

C/24874/2020

ACJC/1345/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 12 OCTOBRE 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE], appelant d'une ordonnance rendue par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 juillet 2021, comparant par Me Yama SANGIN, avocat, rue Rodolphe-Töpffer 8, 1206 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ [GE], intimée, comparant par Me Sandrine TORNARE, avocate, rue De-Candolle 34, case postale 6087, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 octobre 2021 ainsi qu'au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant le même jour.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/548/2021 du 2 juillet 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a attribué la garde de C_____, à B_____ (chiffre 1 du dispositif), réservé à A_____ un droit aux relations personnelles sur C_____ qui s'exercerait selon les modalités prévues par le curateur de surveillance et d'organisation des relations personnelles (ch. 2), instauré à cet effet une mesure de surveillance et d'organisation des relations personnelles (ch. 3), transmis l'ordonnance au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant afin qu'il nomme le curateur et l'instruise de sa mission (ch. 4), dit que le coût de la mesure serait assumé par les parents, par moitié chacun (ch. 5), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 6), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 16 juillet 2021 à la Cour de justice, A_____ a appelé de cette ordonnance, qu'il a reçue le 6 juillet 2021 et dont il a sollicité l'annulation. Il a conclu principalement au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions et à la constatation que l'accord provisoire trouvé entre les parties les 13 janvier et 10 mai 2021 demeurerait valable et devait continuer à être respecté par ces dernières. Subsidiairement, il a conclu au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision.
- b.** Dans sa réponse du 6 août 2021, B_____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, avec suite de frais judiciaires et dépens de première instance et d'appel.
- c.** Le 25 août 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** Les époux B_____, née le _____ 1986, originaire de D_____ (Fribourg) et de Genève, et A_____, né le _____ 1977, de nationalité haïtienne, se sont mariés le _____ 2018 à E_____ (Genève).
- b.** Ils sont les parents de C_____, née le _____ 2017 à Genève.
- c.** B_____ a allégué, sans être contredite, que les parties s'étaient séparées _____ 2020.
- d.** Le 3 décembre 2020, B_____ a déposé au Tribunal une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, concluant notamment à ce que l'autorité parentale exclusive et la garde sur C_____ lui soient attribuées et qu'un droit de visite du dimanche 16h30 au lundi 16h30 et le jeudi toute la journée ainsi que

certain week-ends soit octroyé à A_____, assorti d'une curatelle de surveillance du droit de visite, sous suite de frais judiciaires et dépens.

B_____ a allégué, sans être contredite, avoir largement assuré la prise en charge de C_____ pendant la vie commune, notamment en raison des horaires de A_____ impliquant de travailler le soir et le week-end.

e. Lors de l'audience du Tribunal du 13 janvier 2021, les parties se sont notamment mises d'accord provisoirement sur le fait d'entreprendre un travail de coparentalité auprès de F_____ et, dans l'intervalle et sous réserve de l'établissement d'un planning, de mettre en place une garde alternée sur leur fille qui s'exercerait du lundi matin au mercredi matin chez A_____, puis du mercredi matin au samedi matin chez B_____ et, une semaine sur deux, du samedi matin au dimanche soir chez A_____.

f. Lors de l'audience du Tribunal du 10 mai 2021, les parties se sont mises d'accord sur certaines modalités concernant la prise en charge de C_____ pendant les vacances scolaires. Un calendrier a été prévu entre elles pour une répartition des jours passés chez chacun des parents. Parmi les modalités précitées, A_____ s'engageait à prendre en charge personnellement C_____.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a ordonné l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale par le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) et a réservé la suite de la procédure.

g. Le 28 mai 2021, B_____ a déposé une requête de mesures superprovisionnelles, concluant à ce que la garde lui soit confiée exclusivement, sous suite de frais, requête qui a été rejetée par ordonnance du même jour.

Sur mesures provisionnelles après audition des parties, B_____ a notamment conclu, sous suite de frais judiciaires et dépens, à ce qu'il soit ordonné à A_____ de produire toutes les pièces permettant d'objectiver ses obligations professionnelles et à ce que la garde exclusive de C_____ lui soit attribuée. Elle a requis, une fois le rapport du SEASP établi, qu'un délai lui soit accordé pour se déterminer sur un éventuel droit de visite de A_____, y compris pendant les vacances scolaires, et sur l'instauration d'une curatelle de surveillance des relations personnelles.

h. Lors de l'audience de plaidoiries sur mesures provisionnelles du Tribunal du 16 juin 2021, B_____ a allégué que C_____ n'allait pas bien et n'était pas sécurisée, qu'elle avait contacté la Guidance infantile qui avait entendu C_____, hors sa présence, que l'enfant avait à cette occasion dit que sa tante l'aurait frappée avec un couteau dans le dos et l'aurait enfermée et que B_____ avait déposé une plainte pénale contre G_____, laquelle avait elle-même déposé une plainte pénale pour calomnie. Elle a également allégué qu'un soir, alors que C_____

était agitée avant d'aller se coucher, elle avait adopté des poses suggestives en lui disant que *"Tata lui avait montré et que ça lui fait de la joie"*. B_____ a ajouté considérer que la situation de C_____ se dégradait depuis le mois d'avril, suite aux vacances passées avec son père.

A_____ a allégué que sa fille n'avait pas été gardée par sa tante depuis le 10 mai 2021. Il a exposé qu'il suivait une formation pour devenir assistant social socio-éducatif, formation se terminant en novembre prochain, et qu'il avait sollicité une certaine H_____ pour s'occuper de C_____ pendant sa formation, notamment de 16h30 à 21h30 et un samedi sur deux. A_____ a déclaré que cette personne l'avait aidé en cas de besoin depuis la séparation des parties. H_____, âgée de plus de 55 ans, que B_____ ne connaissait pas, travaillerait comme nounou et s'occuperait de ses petits-enfants. Il a allégué qu'il la connaissait depuis longtemps, qu'elle était comme une famille pour lui et qu'elle était amie avec sa sœur; C_____ l'appelait *"Mami H_____"*. A_____ a ajouté qu'il pouvait toujours la solliciter pour le *"dépanner"*.

A_____ a notamment produit un courriel non daté intitulé *"échange avec la nounou"* dont il ressort des demandes de garde plusieurs mardis du mois de juin 2021, le lundi 14 juin 2021, ainsi que plusieurs samedis, soit les 29 mai 2021, 26 juin 2021 et 10 juillet 2021.

Le Tribunal a suspendu la garde alternée jusqu'à droit jugé sur mesures provisionnelles et a fixé un droit de visite de A_____ sur C_____ le lundi matin 21 juin 2021 de 9h00 à 12h00 et le vendredi 25 juin 2021 de 9h00 à 12h00. Il a imparti un délai au 24 juin 2021 à A_____ pour produire une attestation de ses employeurs (la buvette I_____ et la J_____) sur les jours travaillés depuis le 19 avril 2021, avec la mention de ses horaires précis, et sur les mois à venir, ainsi qu'une attestation quant à sa formation en cours.

i. Le 24 juin 2021, A_____ a produit certains documents concernant sa formation, ses emplois auprès de la buvette I_____ et de la J_____, dont il ressort que ses horaires sont irréguliers et qu'ils ne couvrent pas toutes les périodes demandées par le Tribunal, notamment les mois à venir.

j. A l'issue de l'audience de plaidoiries du 28 juin 2021, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

- D.** Dans l'ordonnance entreprise, le Tribunal a constaté que A_____ n'avait pas respecté l'engagement pris en audience le 10 mai 2021 de prendre en charge personnellement C_____, ce qui était notamment ressorti des déclarations des parties le 16 juin 2021. La situation qui prévalait entre les époux et leur fille de trois ans nécessitait impérativement d'être objectivée par le rapport du SEASP; en l'état et eu égard aux informations dont le Tribunal disposait actuellement, la garde de l'enfant devait être confiée à la mère. Il convenait toutefois de préserver

le droit de visite entre l'enfant et son père, "*moyennant cautèle*". En conséquence, il convenait d'instaurer une curatelle de surveillance et d'organisation des relations personnelles, charge au curateur d'aider les parents dans l'établissement du calendrier des visites et dans l'échange des informations nécessaires quant au déroulement de ces dernières.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est dirigé contre une décision incidente de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) et porte sur des conclusions de nature non pécuniaire relatives à la garde et au droit de visite, de sorte que la cause doit être qualifiée de non pécuniaire dans son ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1). La voie de l'appel est dès lors ouverte.

Interjeté dans le délai utile de dix jours compte tenu de l'application de la procédure sommaire (art. 248 let. d et 314 al. 1 CPC), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), l'appel est recevable.

1.2 La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne un enfant mineur. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et établit les faits d'office (art. 58 al. 2 et 296 al. 1 et 3 CPC).

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire, la cognition du juge est néanmoins limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 4.1).

2. **2.1.1** Le juge doit examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 3.2.3; 5A_991/2015 du 29 septembre 2016 consid. 4.2; 5A_527/2015 du 6 octobre 2015 consid. 4). En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5).

Lorsque le juge détermine auquel des deux parents il attribue la garde, il doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. A cette fin, le juge doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager

l'instauration d'une garde alternée ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer, compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui apparaît contraire à son intérêt (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3). Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents (arrêt du Tribunal fédéral 5A_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1).

Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure - en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation -, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_991/2019 du 19 janvier 2021 consid. 5.1.2; 5A_844/2019 du 17 septembre 2020 consid. 3.2.2; 5A_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1).

2.1.2 A teneur de l'art. 261 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).

2.1.3 Selon l'art. 308 CC, lorsque les circonstances l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant - respectivement le juge (art. 315a al. 1 CC) - nomme un curateur qui assiste les père et mère de ses conseils et de son appui dans la prise en charge de l'enfant (al. 1). Le curateur peut se voir conférer certains pouvoirs tels que la surveillance des relations personnelles (al. 2).

Le rôle du curateur est, dans ce cas, proche de celui d'un intermédiaire ou d'un négociateur entre les parents. Il aura pour mission d'aplanir leurs divergences, de les conseiller et de les préparer aux visites (arrêts du Tribunal fédéral 5A_656/2016 du 14 mars 2017 consid. 4; 5A_819/2016 du 21 février 2017 consid. 8.3.2; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^{ème} édition, 2019, n. 1018, p. 668 et 669).

Le curateur n'a pas le pouvoir de décider lui-même de la réglementation du droit de visite mais le juge peut lui confier le soin d'organiser les modalités pratiques de ce droit dans le cadre qu'il aura préalablement déterminé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_586/2012 du 12 décembre 2012 consid. 4.2). Ainsi, seul le juge est compétent pour prendre une décision sur le principe et l'étendue du droit de visite (ATF 118 II 241 = JdT 1995 I 98; 100 II 4 = JdT 1975 I 160). Parmi les modalités pratiques que peut régler le curateur figurent la fixation d'un calendrier, la détermination du lieu et du moment de l'accueil et du retour de l'enfant, de la garde-robe à fournir à l'enfant, de la compensation des jours de visite manqués, etc. Le contenu précis du mandat n'est pas donné une fois pour toutes: il appartient à l'autorité qui institue la mesure d'en préciser les contours au vu des circonstances du cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 5C.170/2001 du 31 août 2001 consid. 5c; MEIER/STETTLER, *op. cit.*, n. 1018, p. 668 et 669).

2.1.4 Le parent qui ne détient pas la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273 al. 1 CC). Le droit aux relations personnelles est conçu à la fois comme un droit et un devoir des parents (art. 273 al. 2 CC), mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant; il doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 131 III 209 consid. 5).

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 consid. 4a) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 III 585 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_188/2012 du 15 mai 2012 consid. 6.1). La fixation du droit aux relations personnelles relève de l'appréciation du juge du fait, qui jouit pour cela d'un large pouvoir et applique les règles du droit et de l'équité (ATF 142 III 617 consid. 3.2.5; arrêt du Tribunal fédéral 5A_334/2018 du 7 août 2018 consid. 3.1). On tiendra compte notamment de l'âge de l'enfant, de son état de santé, de ses loisirs, etc. (LEUBA, *Commentaire romand CC I*, 2010, n. 14 ad art. 273 CC).

2.2 En l'espèce, les parties ont visiblement du mal à communiquer, un travail de coparentalité ayant été mis en place. Par ailleurs, l'appelant a reconnu confier l'enfant à une amie de la famille que l'intimée ne connaissait pas. L'intimée a

confirmé dans le cadre de son appel n'avoir jamais entendu parler de cette personne, ni d'une prise en charge par une tierce personne, alléguant par ailleurs que l'enfant ne l'avait jamais mentionnée.

Lors de l'audience du Tribunal du 16 juin 2021, l'appelant a déclaré que, depuis la séparation, il avait confié l'enfant à sa sœur jusqu'au 10 mai 2021, et à l'amie précitée. Il ressort notamment d'une pièce produite par l'appelant qu'il a vraisemblablement confié l'enfant à ladite amie le 10 juillet 2021. Il s'agit d'une période de vacances scolaires durant laquelle l'appelant avait la garde de C_____ et s'était engagé à s'occuper d'elle personnellement. En cela, il n'a pas respecté son engagement. Il l'admet lui-même dans le cadre de son appel, relevant que la retranscription des échanges avec la nounou démontrerait qu'à compter du 10 mai 2021, il avait fait appel à une personne tierce et non pas à sa sœur pour s'occuper de l'enfant. L'appelant n'a donc pas honoré les termes de l'accord du 10 mai 2021, cela sans en avertir l'intimée.

Cette absence de communication parentale ne plaide pas en faveur d'une garde alternée, sous l'angle de la vraisemblance, étant précisé qu'une prise en charge personnelle est un critère d'attribution de la garde, pour le bien de l'enfant qui a besoin de stabilité.

Ainsi, dès lors qu'une garde alternée ne peut être mise en place en l'état, il se justifie de confirmer la décision du premier juge portant sur l'attribution de la garde à la mère, étant encore rappelé que cette dernière a allégué, sans être contredite, avoir largement pris en charge l'enfant pendant la vie commune.

Le premier juge a instauré une curatelle de surveillance et d'organisation des relations personnelles, sans fixer l'étendue du droit de visite de l'appelant, contrairement à ce qu'il lui revenait de faire. Comme il n'a pas statué sur un élément essentiel, un renvoi de la cause devrait s'imposer (cf. art. 318 al. 1 let. c CPC). Il y sera toutefois renoncé, vu le caractère sommaire de la procédure de mesures provisionnelles dans une procédure de mesures protectrices, par souci de célérité et dans l'intérêt de l'enfant. En l'état, dans l'attente du rapport du SEASP et au vu de l'âge de l'enfant, mais également du fait que les horaires irréguliers de l'appelant n'ont pas pu être déterminés, un droit de visite d'un jour par semaine sera réservé à ce dernier; il y a en effet lieu de permettre des relations minimales de l'enfant avec son père, durant la journée (9h00 - 18h00) une fois par semaine.

Le curateur veillera à déterminer avec l'appelant quel jour de la semaine ce dernier peut être entièrement disponible pour sa fille. Dans cette mesure, la curatelle sera maintenue.

Le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée sera annulé et il sera statué à nouveau dans le sens qui précède, ladite ordonnance étant confirmée pour le surplus.

3. Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC) et répartis à parts égales entre les parties, compte tenu de l'issue et de la nature du litige (art. 106 al. 2 et 107 al. 1 let. c CPC). Dès lors que l'intimée plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, sa part sera provisoirement laissée à la charge de l'Etat de Genève, qui pourra en demander le remboursement ultérieurement (art. 123 al. 1 CPC et 19 RAJ). La part de l'appelant sera compensée à hauteur de 400 fr. avec l'avance de 800 fr. qu'il a fournie et le solde lui sera restitué.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 16 juillet 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/548/2021 rendue le 2 juillet 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24874/2020.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée.

Cela fait et statuant à nouveau sur ce point :

Réserve à A_____ un droit de visite sur sa fille C_____ à exercer à raison d'un jour (de 9h00 à 18h00) par semaine, à charge pour le curateur d'organiser le droit de visite en fonction des disponibilités de A_____.

Confirme l'ordonnance attaquée pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge de chacune des parties par moitié et les compense à concurrence de 400 fr. avec l'avance fournie par A_____, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer le montant de 400 fr. à A_____.

Laisse provisoirement la part des frais judiciaires d'appel de B_____ à la charge de l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Madame Nathalie RAPP, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

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.

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