REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/27896/2004 **ACJC/53/2006**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure spéciale

AUDIENCE DU VENDREDI 20 JANVIER 2006

Entre

Madame X_____, appelante d'un jugement rendu par la 12e Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 septembre 2005, comparant par Me Agrippino Renda, avocat, 49, rue des Eaux-Vives, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur X_____, intimé, comparant par Me Lorella Bertani, avocate, 14, boulevard Georges-Favon, case postale 5129, 1211 Genève 11, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'aux Tribunal tutélaire, Tuteur général et Service de Protection de la jeunesse par plis simples du 24.01.2006.

EN FAIT

A. Par jugement du 7 septembre, reçu par les parties le 4 octobre 2005, le Tribunal de première instance a statué sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par Madame X_____ contre Monsieur X_____.

Le Tribunal a ainsi autorisé les époux à vivre séparé (ch. 1), a attribué à Madame X_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal (ch. 2) et a attribué au père la garde sur les trois enfants du couple (ch. 3). S'agissant du droit de visite, il l'a fixé à un jour par semaine, un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires pour l'aînée et le cadet; pour le dernier enfant, il a autorisé un droit de visite à raison d'une semaine sur deux (ch. 4). En ce qui concerne les aspects financiers du litige, le Tribunal a condamné Madame X_____ à verser à Monsieur X_____ la somme de 260 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille (ch. 5), avec clause usuelle d'indexation (ch. 6), et a - en plus - condamné Madame X_____ à prendre en charge les primes d'assurance maladie des enfants (ch. 7). Enfin, ces mesures ont été prononcées pour une durée indéterminée (ch. 8), les dépens ont été compensés (ch. 9) et les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions (ch. 10).

Par acte expédié au greffe de la Cour le 3 novembre 2005, Madame X_____ forme appel de ce jugement dont elle demande l'annulation des chiffres 3 à 7 de son dispositif. Invoquant, à titre de fait nouveau, son déménagement en ville de Genève, Madame X_____ sollicite une garde alternée sur ses trois enfants ainsi que la condamnation de son époux à contribuer à l'entretien de la famille à raison de 1'500 fr. par mois, montant indexé. Dans sa réponse, Monsieur X_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

Lors des plaidoiries du 16 décembre 2005 devant la Cour, les parties ont persisté dans leurs conclusions écrites.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Monsieur X_____, né le _____ 1965, et Madame X_____, née le _____ 1965, tous deux ressortissants suisses, se sont mariés le _____ 1991 à P_____ (GE). Les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage.

Trois enfants sont issus de cette union : A_____, née le _____ 1991, B_____, née _____ 1993, et C_____, né le _____ 1994.

b. La famille s'est installée dans une maison à M_____ (Haute-Savoie/France), maison acquise par le couple au moyen d'un emprunt. M_____ se trouve à une trentaine de kilomètres en voiture de O_____ (GE), village où les enfants ont été scolarisés.

En avril 2004, les époux se sont séparés. Dans une convention de séparation, ils ont décidé que Madame X_____ resterait au domicile familial avec les trois enfants, tandis que Monsieur X_____ s'établirait dans un appartement de trois pièces à O_____; un droit de visite équivalant à un week-end sur deux et à une partie des vacances scolaires était prévu; enfin, Monsieur X_____ s'engageait à verser 1'000 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille.

En novembre 2004, A_____ a demandé et a obtenu l'accord de ses parents pour aller vivre auprès de son père. En décembre 2004, C_____ a fait la même demande et vit depuis janvier 2005 auprès de son père. Depuis cette date, les parents ont organisé une garde partagée pour B_____, qui passe ainsi alternativement une semaine auprès de chacun d'eux, tandis que les deux autres enfants se rendent chez leur mère un week-end sur deux.

c. Le 15 décembre 2004, Madame X_____ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale tendant notamment à obtenir la garde et l'autorité parentale sur les trois enfants.

En comparution personnelle, Madame X_____ a indiqué que deux des enfants avaient souhaité vivre auprès de leur père pour se rapprocher de leur école et de leurs amis; c'est contre son gré que les enfants avaient choisi leur lieu de vie. De son côté, Monsieur X_____ a indiqué que deux des enfants avaient quitté leur mère en raison de la mauvaise entente avec celle-ci; par ailleurs, ils se trouvaient en conflit avec le compagnon de son épouse qui partageait désormais la vie de celle-ci.

Aux dires des parties et à lire le rapport du Service de protection de la jeunesse, les qualités éducatives des deux époux sont équivalentes. Si, durant la vie commune, la mère s'est principalement consacrée à l'éducation et aux soins des enfants, il apparaît que le père donne entière satisfaction depuis qu'il héberge deux de ses enfants.

Le 25 mai 2005, le Service de protection de la jeunesse a rendu un rapport d'évaluation concernant les époux X_____ et leurs enfants. Il en ressort que la situation dans laquelle se trouvent les enfants est délicate : le fait que deux enfants aient choisi de vivre auprès de leur père - pour des raisons essentiellement pratiques - semble être utilisé par ce dernier comme une démonstration que le rapport avec la mère est difficile; à cet égard, la nouvelle relation sentimentale de la mère paraît avoir créé des tensions auprès des enfants. La situation de B_____, qui passe une semaine alternativement auprès de chacun de ses parents, n'est pas non plus satisfaisante, en particulier parce qu'elle se trouve souvent séparée de sa sœur et de son frère. Pour ces motifs, un même mode de garde pour les trois enfants serait souhaitable. Dans cette perspective, le Service de protection de la jeunesse préconise l'instauration d'une garde alternée «*dès que Madame aura*

trouvé un logement à proximité de celui du père, malgré le désaccord de ce dernier ». Dans cette attente, la situation revenant à séparer la fratrie pouvait être maintenue. Par ailleurs, en cas de désaccord, la garde devrait être attribuée au père, avec la réserve d'un large droit de visite à la mère.

d. Depuis la rentrée scolaire 2005, les deux enfants aînés sont scolarisés au Cycle F_____, tandis que le cadet fréquente l'école de O_____.

Depuis le 1er août 2005, Madame X_____ a quitté l'ancien domicile familial et loue un appartement de trois pièces situé au rez-de-chaussée de l'immeuble sis rue _____ à Genève, soit à une distance de 13 km en voiture de O_____. Le loyer s'élève à 1'120 fr. par mois, charges comprises. Elle expose pouvoir amener en voiture C_____ depuis son domicile et jusqu'à son école avant de se rendre à son travail à T_____, tandis que les deux filles aînées sont en mesure de prendre le tramway jusqu'au Cycle F_____, en une vingtaine de minutes.

De son côté, Monsieur X_____ dispose, depuis le 1er octobre 2005, d'un appartement de quatre pièces situé au 2ème étage de l'immeuble sis rue _____ à O_____. Le loyer s'élève à 1'145 fr. par mois, charges comprises.

e. La situation financière des parties peut être résumée de la manière suivante.

aa. Depuis août 2004, Madame X_____ est employée auprès du Département de l'instruction publique en qualité de secrétaire auxiliaire à 60%. Sa fiche de traitement du mois d'octobre 2005 laisse apparaître un revenu net de 3'106 fr. Auparavant, Madame X_____ se consacrait aux soins du ménage et à l'éducation des enfants, tout en travaillant une douzaine d'heures par semaine.

Parmi les charges de Madame X_____, on trouve son loyer (1'120 fr.), l'assurance maladie pour elle-même et les enfants (400 fr. : montant global auprès d'un assureur français), des frais de parking (27 fr.) et sa charge fiscale (84 fr.). Elle allègue encore avoir d'autres dépenses : charges fiscales et intérêts hypothécaires pour la maison familiale, remboursement de prêt auprès de tiers, achat d'habits pour les enfants, paiement de cours extrascolaires, etc. Ces postes ne peuvent pas être pris en compte, soit parce qu'ils sont déjà compris dans l'entretien de base, soit parce qu'ils ne constituent pas des charges incompressibles. S'agissant des frais relatifs à l'ancien domicile conjugal, Madame X_____ réside désormais à Genève : elle ne peut donc pas faire valoir simultanément des frais pour deux logements distincts.

bb. Depuis le mois de juillet 2002, Monsieur X_____ exploite une entreprise d'électricité en raison individuelle. Le premier juge a retenu que, sur la base des résultats de 2004, le revenu mensuel net Monsieur X_____ s'élevait à 3'680 fr. Ce montant n'est pas précisément critiqué en appel par Madame X_____ qui

allègue, de manière générale, que son époux «*dispose très probablement de revenus bien plus importants que ceux annoncés*».

A titre de charges, Monsieur X_____ supporte des dépenses pour son loyer (1'145 fr.) et son assurance maladie (293 fr.). Au vu des revenus réalisés, le premier juge a exclu toute charge fiscale. Cette constatation n'est pas critiquée en tant que tel en appel; Monsieur X_____ relève uniquement que, compte tenu de la contribution d'entretien qu'il compte toucher de son épouse, il sera désormais soumis à l'impôt.

C. Pour le surplus, 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).

2. L'appel porte principalement sur la question de l'attribution de la garde sur les enfants du couple et sur les modalités d'exercice du droit de visite.

2.1. 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). Selon la jurisprudence, les parents peuvent se partager la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales qui peuvent être fixées en jours ou en semaines. L'instauration d'un tel mode de garde doit faire l'objet d'un accord des

deux parents : il ne peut donc pas être imposé à l'un d'entre eux contre sa volonté (TF, SJ 2001 I 407 consid. 3d).

2.2. En l'espèce, les parents ont trouvé un accord instaurant une garde alternée concernant leur enfant B_____. Dans cette mesure, le premier juge a ratifié ce mode de garde sur cet enfant. Certes, le Service de protection de la jeunesse souligne - ce qui relève d'ailleurs du bons sens - que la séparation de la fratrie ne va pas dans l'intérêt des enfants, en particulier pas dans celui de B_____. Pour ce motif, à son sens, une garde alternée serait opportune pour les trois enfants.

Plusieurs motifs s'opposent cependant à ce qu'on instaure une garde alternée sur les trois enfants. D'abord, ce mode de garde ne recueille pas l'accord unanime des deux parents, alors qu'il s'agit là d'une condition absolument indispensable à une telle solution. Ensuite, si la mère dispose désormais d'un logement à Genève, celui-ci reste éloigné de celui du père. A cet égard, on peut relever non seulement la distance purement géographique, mais également le fait que les deux domiciles sont séparés par l'agglomération genevoise, dont les difficultés de circulation en transport public et en véhicule privé sont notoires. Enfin, la fréquentation par les enfants de l'école de O_____ et du Cycle F_____ plaide en faveur d'une attribution de la garde pendant la semaine au père, dont le domicile est le plus proche de leur lieu de scolarisation et plus vaste pour recevoir les enfants.

2.3. Dès lors, l'attribution de la garde des enfants au père, avec la réserve d'un droit de visite usuel en faveur de la mère sur les enfants A_____ et C_____ et l'instauration d'un droit de visite d'une semaine sur deux pour chacun des parents sur l'enfant B_____ paraît conforme aux spécificités du cas d'espèce. Cette solution procède certes d'une approche essentiellement pragmatique de la situation et l'on peut certainement se demander si elle serait concevable dans le cadre d'une procédure de divorce, destinée à régir à long terme les relations personnelles entre les enfants et les parents.

En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, cependant, on admet que, pour que l'intervention du juge soit aussi efficace que possible, il est indispensable que la procédure soit simple, informelle et rapide. La nécessité d'une décision prise à bref délai impose donc une simplification des formalités usuelles. Cette procédure n'est ainsi pas destinée à trancher des questions litigieuses délicates, nécessitant une instruction approfondie. Dans ce contexte, le juge peut s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués ; il peut également faire preuve d'un certain pragmatisme, surtout si, comme en l'espèce, la séparation des parents est relativement récente et qu'il semble plus opportun d'éprouver un régime de garde même imparfait, mais praticable, plutôt que d'imposer un système auquel ni les parents ni les enfants n'adhèreront.

Par conséquent, le jugement peut être confirmé en ce qui concerne l'attribution de la garde et l'organisation des relations personnelles.

3. L'appelante remet en cause la décision du premier juge en tant qu'il l'a condamnée à verser 260 fr. par mois à son époux à titre de contribution à l'entretien de la famille et à prendre à sa charge les primes d'assurance maladie des enfants.

3.1. 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). Par ailleurs, la répartition du disponible entre les époux ne doit pas conduire à procéder à un pur calcul mathématique, car la fixation de la contribution dépend en définitive du large pouvoir d'appréciation du juge (ATF n. p. du 21 juin 2002, cause 5C.23/2002 consid. 2b).

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge est autorisé à s'écarter du montant réel obtenu par les parties et à prendre en considération un revenu hypothétique, à condition que celles-ci puissent gagner davantage en faisant preuve de bonne volonté ou en fournissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger d'elles. Cela suppose néanmoins la possibilité réelle de réaliser un tel revenu (ATF 128 III 4 consid. 4a). Dans tous les cas, le minimum vital du débirentier au sens du droit des poursuites doit en principe être garanti (ATF 127 III 68 consid. 2c; ATF 123 III 1 consid. 3/b/bb).

3.2. Il ressort de la procédure que les charges incompressibles de l'appelante s'élèvent à 3'006 fr., à savoir : son entretien de base (1'250 fr.), la moitié de celui de B_____ (250 fr.), son loyer (1'120 fr.), les assurance maladie (400 fr.), ses frais de parking (27 fr.) et ses impôts (84 fr.).

Les revenus actuels de l'appelante (3'106 fr.) permettent tout juste de couvrir ces charges, ce qui la prive de toute prétention à obtenir une contribution d'entretien pour elle-même. Certes, à long terme, on pourra attendre de l'appelante, âgée de 35 ans, d'augmenter son temps de travail si elle demeure déchargée dans une grande mesure de la garde de ses enfants. En l'état, cependant, il faut tenir compte du fait que, durant la vie commune, l'appelante s'est principalement consacrée aux soins du ménage et à l'éducation des enfants, qu'elle a repris récemment un emploi à 60% et qu'elle assure la garde, une semaine sur deux, d'une enfant d'une douzaine d'années. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de fixer un revenu hypothétique supérieur aux 3'106 fr. réalisés actuellement.

Les charges incompressibles de l'intimé s'élèvent, quant à elles, à 3'788 fr., à savoir : son entretien de base (1'250 fr.), celui d'A_____ (500 fr.), la moitié de celui de B_____ (250 fr.), celui de C_____ (350 fr.), son loyer (1'145 fr.) et son

assurance maladie (293 fr.). Pour les mêmes motifs que ceux retenus par le premier juge, aucune charge fiscale ne sera retenue.

Le revenu retenu par le premier juge (3'688 fr.) permet presque de couvrir les charges de l'intimé. Sachant que l'intimé s'est mis à son compte en 2002, que le revenu de 3'688 fr. se fonde sur les résultats de 2004 et qu'on peut attendre d'un entrepreneur indépendant qu'il augmente son revenu après quelques années d'activité, la Cour acquiert la conviction que l'intimé est en mesure de couvrir ses charges incompressibles.

3.3. Au vu des chiffres qui précèdent, il apparaît que chaque époux est capable de couvrir ses charges incompressibles. Dans cette mesure, il n'y a pas lieu de condamner l'appelante à contribuer à l'entretien de la famille; un telle contribution porterait d'ailleurs atteinte au minimum vital de la mère, ce qui n'est pas acceptable. Au surplus, celle-ci contribue déjà - dans une moindre mesure - aux besoins des enfants en continuant à s'acquitter de leurs primes d'assurance maladie. En définitive, la suppression de la contribution d'entretien à charge de l'appelante apparaît équitable.

Par conséquent, la contribution d'entretien de 260 fr. fixée par le premier juge sera supprimée, tandis que l'obligation pour l'appelante de prendre en charge les primes d'assurance maladie des enfants sera maintenue. Les chiffres 5 et 6 du dispositif du jugement entrepris seront ainsi annulés et le chiffre 7 confirmé.

4. Vu la qualité des parties, les dépens seront compensés (art. 176 al. 3 LPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par Madame X_____ contre le jugement JTPI/11187/2005 rendu le 7 septembre 2005 par le Tribunal de première instance dans la cause C/27896/2004-12.

Au fond :

Annule les chiffres 5 et 6 du dispositif de ce jugement.

Confirme le jugement pour le surplus.

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur François CHAIX, Monsieur Daniel DEVAUD, juges; Monsieur Jean-Daniel PAULI, greffier.

La présidente :	Le greffier :
Marguerite JACOT-DES-COMBES	Jean-Daniel PAULI