



## POUVOIR JUDICIAIRE

C/29596/2017

ACJC/1617/2018

**ARRÊT****DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 19 NOVEMBRE 2018**

Entre

**Monsieur A**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ (GE), appelant d'une ordonnance rendue par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 juin 2018, comparant par Me Pascal Junod, avocat, rue de la Rôtisserie 6, case postale 3763, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

**Les Mineurs B**\_\_\_\_\_ **et C**\_\_\_\_\_, représentés par Madame D\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ (GE), intimés, comparant tous deux par Me Stéphanie Butikofer, avocate, rue Jacques-Dalphin 45, 1227 Carouge (GE), en l'étude de laquelle ils font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 7 décembre 2018.

---

### **EN FAIT**

**A. a.** D\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1983, de nationalité suisse, et A\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1975, de nationalité espagnole, sont les parents non mariés de B\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2007, et de C\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 2011.

B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont été reconnus par leur père, respectivement le \_\_\_\_\_ 2007 et le \_\_\_\_\_ 2011.

D\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ se sont séparés à fin décembre 2016.

**b.** Le 10 novembre 2017, le Service de protection des mineurs (ci-après : le SPMi) a adressé à D\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ un calendrier de visite proposant un partage de garde à raison d'une semaine sur deux, tout en précisant que, pour le bien-être des enfants, les parents devaient communiquer et éviter de mêler les enfants à leurs conflits.

Aucun rapport du SPMi n'a cependant été versé à la procédure.

**c.** Par acte déposé le 20 décembre 2017 par-devant le Tribunal de première instance, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, représentés par leur mère, ont formé une action alimentaire contre A\_\_\_\_\_, ainsi qu'une requête en fixation des relations personnelles. Ils ont sollicité le prononcé de mesures provisionnelles tendant à ce que le Tribunal accorde l'autorité parentale ainsi que la garde de B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ et réserve un droit de visite à A\_\_\_\_\_, à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires jusqu'à ce qu'une enquête du SPMi se détermine sur la question de son droit de visite.

Dans cette écriture, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont allégué que le calendrier proposé par le SPMi ne tenait pas compte du conflit parental existant et du fait que A\_\_\_\_\_ prenait à partie les enfants, en particulier B\_\_\_\_\_, contre leur mère. Ils ont notamment produit des extraits d'échanges sms entre A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_.

**d.** A l'audience de comparution personnelle et de plaidoiries du 7 mai 2018, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, représentés par leur mère, ont persisté dans leurs conclusions. A\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la requête.

La cause a été gardée à juger à l'issue de cette audience.

**B.** Par ordonnance OTPI/442/18 du 29 juin 2018, reçue par A\_\_\_\_\_ le 3 juillet suivant, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles, a octroyé à A\_\_\_\_\_ un droit de visite sur B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ d'un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires (ch. 1 du dispositif), déclaré la requête irrecevable pour le surplus (ch. 2), mis les frais judiciaires à la charge de B\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_, d'une part, et A\_\_\_\_\_, d'autre part, à raison d'une moitié chacun

---

(ch. 3), arrêté les frais judiciaires à 200 fr. (ch. 4), exonéré B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ du paiement des frais judiciaires à leur charge (ch. 5), condamné A\_\_\_\_\_ à verser 100 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 6), compensé les dépens (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

Le Tribunal a notamment retenu qu'en l'absence de déclaration commune de D\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ portant sur l'instauration d'une autorité parentale conjointe, D\_\_\_\_\_ était seule titulaire de l'autorité parentale. En cette qualité, D\_\_\_\_\_ disposait également de la garde des enfants, étant précisé que celle-ci était désormais réduite à la seule dimension de "garde de fait". S'agissant des modalités d'exercice des relations personnelles entre A\_\_\_\_\_ et les enfants, le Tribunal a relevé que celles-ci n'étaient pas connues et qu'il ignorait si la garde alternée préconisée par le SPMi était exercée. Il a considéré qu'en l'état, et à défaut d'investigation sur ce point, l'instauration d'une garde alternée n'était pas conforme à l'intérêt des enfants compte tenu du conflit qui existait vraisemblablement entre les parties.

- C.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 13 juillet 2018, A\_\_\_\_\_ a formé appel de cette ordonnance, concluant à son annulation, avec suite de frais et dépens. Sans prendre de conclusion formelle, il a également sollicité l'effet suspensif à son appel. Il a produit le procès-verbal de l'audience de débats principaux tenue le 13 juin 2018 par le Tribunal dans le cadre de la procédure au fond, au cours de laquelle les parties ont confirmé qu'actuellement la garde des enfants s'exerçait de manière alternée, à raison d'une semaine sur deux.
  - b.** Par arrêt ACJC/1175/2018 du 3 septembre 2018, la Cour de justice a rejeté la requête tendant à suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance et dit qu'il serait statué sur les frais liés à la décision sur effet suspensif dans l'arrêt rendu au fond.
  - c.** Dans leur réponse à l'appel, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions. Ils ont produit un courrier du 13 juin 2018, dans lequel D\_\_\_\_\_ a soumis à A\_\_\_\_\_ une proposition visant à régler les modalités d'exercice des relations personnelles des enfants durant les vacances d'été 2018 ainsi qu'un courrier du 22 août 2018, dans lequel D\_\_\_\_\_ a informé A\_\_\_\_\_ de ce qu'elle exigeait le respect de l'ordonnance du Tribunal du 29 juin 2018.
  - d.** Les parties ont été informées le 24 septembre 2018 de ce que la cause était gardée à juger, A\_\_\_\_\_ n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer.

---

## EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, dans les causes non patrimoniales ou celles dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les dix jours à compter de la notification de la décision attaquée, s'agissant de mesures provisionnelles qui sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Dès lors qu'en l'espèce, le litige porte exclusivement sur les droits parentaux, soit sur une affaire non pécuniaire, la voie de l'appel est ouverte indépendamment de la valeur litigieuse (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_699/2017 du 24 octobre 2017 consid. 1.1; 5A\_304/2016 du 13 juin 2016 consid. 1).

Pour le surplus, formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1 et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

- 1.2** La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne les enfants mineurs des parties (art. 296 al. 1 et al. 3 CPC), de sorte que la Cour n'est liée ni par les conclusions des parties sur ce point (art. 296 al. 3 CPC) ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_562/2009 du 18 janvier 2010 consid. 3.1).

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d CPC), la cognition de la Cour est 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, in JT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

2. Les parties ont produit des pièces nouvelles en appel.

**2.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, où les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous

---

les novas (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1; ACJC/1221/2018 du 7 septembre 2018 consid. 2.1).

**2.2** En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties sont recevables, dès lors qu'elles sont relatives à des éléments entrant en considération pour fixer l'étendue du droit de visite de l'appelant sur des enfants mineurs.

- 3.** L'appelant conteste l'étendue du droit de visite tel que fixé par le premier juge. Il fait valoir que le système mis en place par le SPMi, équivalant en fait à une garde alternée, privilégie les intérêts des enfants.

**3.1.1** Le juge 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 et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC).

Les mesures provisionnelles relatives aux modalités d'exercice du droit de visite dans le cadre des relations personnelles d'enfants de parents non mariés sont assurément visées par l'art. 261 CPC, au titre de mesures possibles, à l'instar de celles, courantes, prévues dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale par l'art. 176 al. 3 CC au sujet de la garde des enfants mineurs et des relations personnelles, ainsi que celles liées à une demande d'aliments lorsque la filiation est établie (BOHNET, in Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 8-9 ad art. 261).

L'octroi de mesures provisionnelles suppose d'une façon générale la vraisemblance du droit invoqué. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (ATF 131 III 473 consid. 2.3; BOHNET, *op. cit.*, n. 7 ad art. 261 CPC). En outre, la vraisemblance requise doit porter sur un préjudice difficilement réparable, qui peut être patrimonial ou immatériel (HUBER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n. 20 ad art. 261 CPC; 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/1311/2017 du 11 octobre 2017 consid. 2.1.1; ACJC/824/2016 du 10 juin 2016 consid. 3.1.1).

**3.1.2** Le droit aux relations personnelles entre enfants et parents est conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci, 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; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_478/2018 du 10 août 2018 consid. 5.2.1). Il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 130 III 585 consid. 2.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_478/2018 du 10 août 2018 consid. 5.2.1; 5A\_887/2017 du 16 février 2018 consid. 5.3 et les références citées).

**3.2** En l'occurrence, le Tribunal a retenu que les modalités effectives de l'exercice du droit de visite de l'appelant n'étaient pas connues et qu'il ignorait si le calendrier proposé par le SPMi était appliqué pour rendre sa décision de mesures provisionnelles. Se fondant sur le contenu de l'échange de sms entre l'appelant et sa fille, le premier juge a considéré qu'il était vraisemblable qu'il existait un important conflit entre les parents et a accordé à l'appelant un droit de visite devant s'exercer à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Cependant, dans le cadre de l'action alimentaire, il était expressément indiqué que le père voyait régulièrement les mineurs B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, ce que l'appelant n'a pas contesté lors de l'audience sur mesures provisionnelles qui s'est tenue le 7 mai 2018 devant le premier juge. En conséquence, pour cette raison déjà, le prononcé de mesures provisionnelles n'apparaissait pas nécessaire. Depuis lors, les parents ont confirmé qu'ils exerçaient de fait, en l'état actuel, une garde alternée sur les enfants. Cela résulte sans ambiguïté de leurs déclarations lors de l'audience tenue le 13 juin 2018 dans le cadre de la procédure au fond. Chacun des parents ayant, pour l'instant, un accès égal aux enfants, le prononcé de mesures provisionnelles ne se justifie pas. Il appartiendra ainsi au juge du fond de procéder aux mesures d'instruction nécessaires, au besoin par un rapport du SPMi, afin de déterminer le mode de garde, respectivement le droit de visite, qui doit être fixé pour le bien des enfants.

C'est ainsi à tort que le Tribunal a considéré que les conditions de l'art. 261 CPC étaient réalisées alors qu'aucune urgence ne nécessitait le prononcé de mesures provisionnelles.

**3.3** L'ordonnance entreprise sera, en conséquence, annulée et les intimés, représentés par leur mère, seront déboutés des fins de leur requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2017.

4. Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 308 al. 3 CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires des deux instances seront mis à la charge des parties par moitié chacune compte tenu de la nature du litige (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 et 107 al. 1 let. c CPC).

Les frais judiciaires de première instance ont été arrêtés à 200 fr. Ce montant est conforme au règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RTFMC; E 1 05.10) et ne fait l'objet d'aucune critique des parties.

Les frais judiciaires d'appel, y compris la décision sur effet suspensif, seront fixés à 1'000 fr. (art. 33 et 37 RTFMC).

Ils seront compensés à hauteur de 600 fr. avec l'avance de frais de 1'000 fr. versée par l'appelant (art. 111 al. 1 CPC) qui demeure acquise à l'Etat de Genève. La somme de 400 fr. lui sera restituée. S'agissant des intimés, soit pour eux leur représentante, qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique, la somme de 600 fr. sera provisoirement supportée par l'Etat de Genève (art. 122 al. 1 let. b et 123 CPC; art. 19 du Règlement sur l'assistance juridique, RAJ - RS/GE E 2 05.04).

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

5. L'arrêt de la Cour, statuant sur mesures provisionnelles, 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 13 juillet 2018 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/442/2018 rendue le 29 juin 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/29596/2017-9.

**Au fond :**

Annule l'ordonnance entreprise.

**Cela fait et statuant à nouveau :**

Déboute B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ des fins de leur requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2017.

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à l'200 fr., les met à la charge des parties pour moitié chacune et les compense à hauteur de 600 fr. avec l'avance de frais de l'000 fr. fournie par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat de Genève à due concurrence.

Dit que les frais judiciaires de B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, soit 600 fr., sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 400 fr. à A\_\_\_\_\_.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

**Siégeant :**

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Nathalie LANDRY-BARTHE et Eleanor MCGREGOR, 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, les moyens étant limités selon l'art. 98 LTF.*

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

*Valeur litigieuse indéterminée.*