



POUVOIR JUDICIAIRE

C/8353/2020

ACJC/547/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 4 MAI 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par la 21^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 janvier 2021, comparant par Me Julie DE HAYNIN, avocate, DHB Avocats, rue des Grenadiers 8, 1205 Genève, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

Et

Madame B_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Michel CELI VEGAS, avocat, rue du Cendrier 12-14, case postale 1207, 1211 Genève 1, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

Les mineurs C_____ **et D**_____, domiciliés chez leur mère, Mme B_____, _____, autre intimés, représentés par leur curatrice, Me E_____, avocate.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 6 mai 2021.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/87/2021, rendue le 26 janvier 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles dans l'attente d'une décision après expertise psychiatrique du groupe familial dans le cadre de la procédure de divorce opposant A_____ et B_____, a maintenu la garde alternée sur les enfants D_____, née le _____ 2007, et C_____, né le _____ 2012, ordonnée par le jugement JTPI/15739/2018 du 9 octobre 2018 dans la cause C/1_____/2017-21, à savoir une prise en charge par B_____ une semaine sur deux, du lundi matin au lundi matin suivant, retour à l'école à l'exception de la journée du mercredi, de 7h30 à 18h durant laquelle les enfants sont avec leur père et, la semaine suivante du lundi matin jusqu'au mercredi à 7h30, et une prise en charge par A_____, une semaine sur deux, du mercredi à 7h30 jusqu'au lundi suivant, retour à l'école, les vacances scolaires étant partagées par moitié entre les parents (ch. 1 du dispositif).

Il a également maintenu le domicile légal des enfants D_____ et C_____ chez leur mère B_____ (ch. 2), ordonné la poursuite de la thérapie individuelle de D_____ (ch. 3), maintenu la mesure de droit de regard et d'information instaurée sur mesures protectrices de l'union conjugale (ch. 4), instauré une curatelle ad hoc, et donnant pouvoir au curateur de mettre en place une thérapie de famille auprès de la consultation pour Familles et Couples des HUG, ou auprès de tout autre lieu validé par le curateur, ainsi que de mettre en place un bilan pour C_____, l'ordonnance étant transmise au Tribunal de Protection de l'Adulte et de l'Enfant (TPAE) pour confirmation du curateur en charge de la mesure de droit de regard et d'information et désignation du curateur ad hoc (ch. 5), réservé le sort des frais à la décision finale (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

- B.**
- a.** Par acte expédié le 8 février 2021 à la Cour de justice, A_____ appelle de cette ordonnance, qu'il a reçue le 28 janvier 2021. Il conclut à l'annulation du chiffre 1 de son dispositif et, cela fait, à ce que la garde alternée sur les enfants C_____ et D_____ s'exerce en alternance une semaine chez chaque parent, le passage des enfants se faisant le dimanche à 17h30, à l'exception de la journée du mercredi après-midi où les enfants seront systématiquement avec lui, dès 11h30 jusqu'en fin de journée.
 - b.** B_____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance querellée, A_____ devant supporter tous les frais découlant de la procédure.
 - c.** Les enfants, représentés par leur curatrice, ont conclu au rejet de l'appel, et subsidiairement à ce que leur père exerce leur garde une semaine sur deux du mardi soir après les cours de musique au dimanche soir 18h et la semaine suivante du mardi soir après les cours de musique au mercredi soir 18h, et qu'ils soient

avec leur mère le reste du temps, les frais et dépens de la procédure d'appel devant être mis la charge des parents.

d. Dans sa réplique du 19 mars 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions.

e. Les parties ont produit des pièces nouvelles.

f. B_____ et les enfants n'ayant pas dupliqué, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par plis du greffe du 7 avril 2021.

g. Par pli du 19 avril 2021, la curatrice des enfants a fait parvenir sa note d'honoraire de 1'200 fr., laquelle a été transmises aux parties le lendemain.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. B_____, née le _____ 1977, ressortissante vénézuélienne, et A_____, né le _____ 1955, de nationalité suisse, se sont mariés le _____ 2003 à Genève.

Ils sont les parents de D_____, née le _____ 2007, et de C_____, né le _____ 2012.

b. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 9 octobre 2018, le Tribunal de première instance, statuant à la suite d'un rapport d'évaluation sociale et d'accord entre les parties, a instauré une garde alternée sur les enfants D_____ et C_____. Les enfants étaient sous la garde de leur mère une semaine sur deux, du lundi matin jusqu'au lundi matin suivant, retour à l'école, à l'exception de la journée du mercredi, de 7h30 jusqu'en fin de journée, durant laquelle les enfants étaient avec leur père ; la semaine suivante, les enfants étaient avec leur mère du lundi matin au mercredi à 7h30, et avec leur père du mercredi à 7h30 jusqu'au lundi matin suivant, retour à l'école, les vacances scolaires étant partagées par moitié.

Il est admis par les parties que A_____ était déjà sans emploi.

c. Le 17 avril 2020, B_____ a formé une demande en divorce, concluant notamment à ce que l'autorité parentale exclusive lui soit attribuée et que la répartition de la garde des enfants telle que fixée sur mesures protectrices de l'union conjugale soit maintenue.

Sur ces mêmes points, A_____ a conclu à ce que l'autorité parentale et la garde exclusives des enfants lui soient attribuées.

d. Par ordonnance du 15 novembre 2020, le Tribunal a ordonné que les enfants D_____ et C_____ soient représentés par un curateur dans la procédure de divorce pendante entre leurs parents et a désigné Me E_____, avocate, en qualité de curatrice.

e. Dans son rapport du 17 décembre 2020, le Service d'évaluation de l'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) a préconisé l'établissement d'une expertise du groupe familial et à ce que, dans l'intervalle, la garde alternée des enfants telle qu'ordonnée sur mesures protectrices soit maintenue. Il a également préconisé le maintien du domicile légal des enfants chez leur mère, le maintien de la thérapie individuelle de D_____, le maintien de la mesure de droit de regard et d'information, et l'instauration d'une curatelle ad hoc aux fins de mettre en place une thérapie de famille auprès de la consultation pour Familles et Couples des HUG ou tout autre lieu validé par la curatrice et mettre en place un bilan pour C_____.

Il résulte notamment de ce rapport que la mère est domiciliée à F_____ [GE] à proximité des écoles des enfants. Elle travaille à plein temps mais proche de son domicile et ses horaires sont flexibles. Le père, sans emploi, est domicilié à G_____ [GE].

f. Lors de l'audience du 19 janvier 2021, B_____ a, dans l'attente des conclusions de l'expertise, exprimé son accord avec les propositions du SEASP, notamment s'agissant de la garde. A_____ a sollicité une prise en charge des enfants une semaine sur deux par chaque parent, lui-même étant en charge des enfants tous les mercredis à partir de 11h30. La curatrice s'est dite favorable avec une prise en charge moitié-moitié, mais a conclu au maintien du *statu quo* dès lors que les parents n'étaient pas d'accord sur les jours de prise en charge des enfants.

D. Dans la décision querellée, le Tribunal a retenu que, compte tenu de l'impossibilité pour les parents de trouver, de manière consensuelle, d'autres modalités de garde que celles qui avaient cours depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, celles-ci devaient être maintenues. Il n'y avait, en particulier, aucun motif de limiter la prise en charge des enfants par leur père au mercredi après-midi, plutôt qu'au mercredi toute la journée, puisque B_____ travaillait à plein temps et A_____ était sans emploi, et que au vu de la fragilité de la situation des enfants, il apparaissait inopportun de modifier aujourd'hui la répartition du temps de garde respectif des parents.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et dans le délai utile de 10 jours (art. 142, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) qui statue sur les droits parentaux relatifs à des enfants mineurs, soit une affaire non pécuniaire dans son ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 1.1).

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) dans la limite des griefs suffisamment motivés qui sont formulés (arrêts du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1er septembre 2014 consid. 5; 5A_89/2014 du 15 avril 2011 consid. 5.3.2).

Sa cognition est cependant limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, dans la mesure où les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (art. 254 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

La maxime inquisitoire et la maxime d'office régissent les questions relatives aux enfants mineurs (art. 277 al. 3 et 296 al. 1 et 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).

1.3 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).

Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties sont susceptibles d'influencer la décision quant à l'attribution des droits parentaux, si bien qu'elles sont recevables, de même que les faits auxquels elles se rapportent.

2. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir maintenu la répartition de la garde telle que fixée sur mesures protectrices de l'union conjugale, qui accorde un temps de garde plus important à la mère, alors qu'il dispose de plus de temps qu'elle pour s'occuper des enfants et que les mercredis ne doivent "pas vraiment compter" du fait que l'intimée n'est de toute manière pas disponible pour les enfants.

2.1.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur même au-delà de l'ouverture de la procédure de divorce. Une fois que des mesures provisionnelles ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (ATF 137 III 614 consid. 3.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_15/2014 du 28 juillet 2014 consid. 3; 5A_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1).

Aux termes de l'art. 179 al. 1 1ère phrase 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.

Après l'introduction de l'action en divorce, les époux peuvent solliciter la modification de mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, 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 (ATF 143 III 617 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 du 29 avril 2020 consid. 4.1 et les références). La procédure de modification n'a cependant pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 précité). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 précité).

2.1.2 La modification de l'attribution de la garde de fait est régie par l'art. 134 al. 2 CC, qui renvoie aux dispositions relatives aux effets de la filiation.

Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde de fait suppose que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale, respectivement de l'attribution de la garde de fait, ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Selon la jurisprudence, la modification ne peut être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement; la nouvelle réglementation doit ainsi s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêts du Tribunal fédéral 5A_433/2020 du 15 décembre 2020 consid. 3.1 et les références; 5A_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 3.2.2;

5A_63/2011 du 1er juin 2011 consid. 2.4.1; 5C.63/2005 du 1^{er} juin 2005 consid. 2 non publié aux ATF 131 III 553).

En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci, le bien de l'enfant commande, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence (arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2 et les références citées).

Le juge n'est pas lié par les conclusions du SEASP; le rapport de ce service (lequel constitue une preuve au sens des art. 168 et 190 CPC) est soumis, à l'instar des autres preuves, au principe de la libre appréciation consacré par l'art. 157 CPC. Cependant, une portée particulière peut être conférée au rapport d'évaluation sociale, qui prend en compte toute 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 en la matière, mais ne sauraient remplacer le pouvoir de décision du juge (arrêt du Tribunal fédéral 5A_794/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1 et les références).

2.2 En l'espèce, aucun élément nouveau n'est survenu depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale puisque l'appelant était déjà sans emploi, de sorte que la situation ne s'est pas modifiée à cet égard. En outre, les tensions dans les relations mère-fille n'atteignent pas une telle intensité qu'il se justifierait de modifier la répartition de la garde en défaveur de la mère, ce que l'appelant ne plaide d'ailleurs pas expressément, puisqu'il conclut au maintien de la garde alternée sur mesures provisionnelles. Par conséquent, aucun changement significatif ne justifie qu'il soit procédé à une modification du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale.

A cela s'ajoute que l'école des enfants se trouve à proximité du domicile de leur mère et qu'il n'est pas envisageable de les faire changer d'établissement en cours d'année scolaire. Or, le droit de visite des lundis et mardis une semaine sur deux que réclame l'appelant en sa faveur impliquerait pour les enfants de se lever très tôt deux matins de plus pour arriver à l'heure à l'école, en raison de la forte circulation présente à Genève en début de matinée. Une telle contrainte est déjà imposée aux enfants trois matins une semaine sur deux, de sorte qu'il ne se justifie pas, sur mesures provisionnelles et avant de connaître les recommandations des experts, de prévoir une garde plus élargie de l'appelant qui voit déjà ses enfants tous les mercredis et une demi-semaine, une semaine sur deux.

- 3.** Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 2'000 fr., comprenant les honoraires de la curatrice de 1'200 fr. (art. 30 et 35 RTFMC), et mis à la charge des parties à raison de la moitié chacune, vu la nature familiale du litige (art. 95, 107 al. 1 let. c

CPC). Ils seront laissés provisoirement à la charge de l'Etat de Genève, les parties plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire (122 al. 1 let. b et 123 CPC).

Chaque partie supportera ses propres dépens, vu la nature du litige.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 février 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/87/2021 rendue le 26 janvier 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8353/2020.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr., les met à la charge des parties à raison de la moitié chacune et les laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, 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.

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

Valeur litigieuse au sens de la LTF indéterminée s'agissant de droits parentaux.