

# **BGer 5A\_381/2020 vom 1. September 2020**

Bundesgericht, 2020-09-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_381\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_381_2020)

FR: TF 5A\_381/2020 du 1 septembre 2020

IT: TF 5A\_381/2020 del 1 settembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ), le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une affaire matrimoniale ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature non pécuniaire dans son ensemble. Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ). Le recours est donc en principe recevable.

### **E. 2.1**

Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et la référence).

Citant à tort l' art. 95 al. 1 let. a LTF , le recourant se méprend sur la nature de la décision attaquée et, en tant qu'il se plaint de la violation des art. 301a et 307 al. 3 CC , omet de soulever un grief d'ordre constitutionnel. Le recours apparaît donc irrecevable sur ces points.

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces

constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1; 141 IV 249 consid. 1.3.1 et la référence).

Il suit de là que, dans la mesure où, dans la partie " En faits " de son mémoire, le recourant s'écarte des constatations de l'arrêt entrepris, les complète ou les modifie sans invoquer, ni a fortiori démontrer, que celles-ci auraient été arbitrairement établies ou omises, son exposé est irrecevable.

### **E. 2.3**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Les pièces nouvelles spontanément produites par le recourant le 27 août 2020 sont par conséquent irrecevables, tout comme les allégués y relatifs.

### **E. 3**

Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ). Il reproche à la Cour de justice d'avoir considéré que la situation de l'enfant avait évolué depuis la reddition du rapport du SEASP sur la seule base des pièces nouvelles produites en appel par l'intimée, au sujet desquelles il n'a pas pu se déterminer, et en l'absence d'un rapport complémentaire de ce service.

#### **E. 3.1**

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l' art. 29 Cst. , le droit d'être entendu garantit au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre ( ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 et les références).

Le droit d'être entendu découlant de l' art. 29 al. 2 Cst. comprend également pour le justiciable le droit d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer la décision ( ATF 143 V 71 consid. 4.1; 142 II 218 consid. 2.3; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références). Cette garantie constitutionnelle n'empêche pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de se forger une conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion. Le refus d'une mesure probatoire ne viole ainsi le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a procédé, est entachée d'arbitraire ( ATF 144 II 427 consid. 3.1.3; 141 I 60 consid. 3.3; 136 I 229 consid. 5.3).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Ce droit n'est cependant pas une fin en soi. Ainsi, lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée ( ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1 et les références).

### **E. 3.2**

Le recourant soutient que les pièces produites en appel par l'intimée auraient dû être déclarées irrecevables car produites postérieurement à la date à laquelle la cause avait été gardée à juger, le 26 novembre 2019. Selon lui, si l'autorité cantonale entendait néanmoins en tenir compte, elle aurait dû lui octroyer un délai pour se déterminer à leur sujet. Cela étant, admettre ces pièces nouvelles aurait nécessairement dû conduire la Cour de justice à ordonner au SEASP l'établissement d'un rapport complémentaire, afin d'en corroborer la teneur, respectivement de déterminer de manière exhaustive quel était l'intérêt de l'enfant. En prenant en considération les pièces en question en l'absence de rapport complémentaire du SEASP, cette juridiction aurait gravement violé son obligation d'administrer toute mesure probatoire nécessaire et, par conséquent, son droit d'être entendu.

### **E. 3.3**

Il convient d'abord de relever qu'à teneur de ses écritures, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir fondé son analyse, non pas sur le rapport du SEASP du 28 mai 2019, mais sur les pièces nouvelles produites en appel par l'intimée, dont il donne la liste: attestation d'évolution établie le 27 septembre 2019 par la logopédiste D.\_\_\_\_\_ (pièce n° 111 de l'appel de l'intimée du 30 septembre 2019); attestation d'évolution établie le 5 novembre 2019 par la susnommée (pièce n° 117 de la réplique de l'intimée du 11 novembre 2019); rapport d'évaluation standardisée complet, signé le 13 décembre 2019, comprenant le bulletin scolaire du premier trimestre de l'enfant (pièce n° 149 de la réplique de l'intimée du 17 février 2020). Il considère cependant que seules les pièces produites après que la cause a été gardée à juger, le 26 novembre 2019, auraient dû être écartées de la procédure pour cause de tardiveté. Ce n'est donc en définitive que le rapport d'évaluation standardisée, signé le 13 décembre 2019, qui apparaît pertinent au regard de cette critique. Les deux attestations de la logopédiste ont en effet été déposées avant le 26 novembre 2019.

Le rapport litigieux a été produit à l'appui d'une écriture de réplique de l'intimée datée du 17 février 2020. Il résulte de la teneur de cette écriture et de la " feuille d'audience " (procès-verbal des opérations) figurant au dossier cantonal que ladite réplique a été déposée en réponse à des observations et des pièces produites par le recourant le 19 décembre 2019, transmises pour information à l'intimée par pli de la Cour de justice du 3 février 2020. Il ne ressort en revanche pas de la " feuille d'audience " que cette écriture de réplique du 17 février 2020 et le rapport en cause qui y était annexé aient été transmis pour information au recourant. L'intimée prétend dans ses déterminations sur effet suspensif que tel aurait été le cas par communication de la Cour de justice du 27 février 2020. Cependant, l'avis y relatif, à l'instar des autres pièces de forme, ne figure pas au dossier cantonal transmis à la Cour de céans. Il convient donc de s'en tenir à la " feuille d'audience ", dont les indications sont présumées exactes (cf. arrêt 5A\_278/2009 du 24 juillet 2009 consid. 4.2.1).

Il est vrai que l'absence de transmission de l'écriture de l'intimée du 17 février 2020 porte en soi atteinte au droit d'être entendu du recourant, qui n'a pas pu exercer son droit inconditionnel à la réplique. Ce nonobstant, il résulte du dossier que le recourant avait connaissance du rapport d'évaluation standardisée du 13 décembre 2019 et qu'il s'en est prévalu en procédure. Il l'a en effet lui-même produit à l'appui de ses observations du 19 décembre 2019 déposées en réplique à une écriture spontanée de l'intimée du 5 décembre 2019, que la cour cantonale lui avait transmise pour information le 9 décembre 2019 (cf. pièce 66 du chargé du recourant du 19 décembre 2019 et les allégués figurant aux pages 3 et 4 desdites observations). L'intimée a une nouvelle fois versé ce rapport à la procédure car

l'exemplaire produit par le recourant le 19 décembre 2019 était incomplet. Il ne comportait en effet pas les trois premières pages, soit celles énonçant les informations relatives à l'élève et à ses parents (nom, prénom, date de naissance, numéros de téléphone, adresses e-mail, profession, etc.), à l'identité des enseignants de l'enfant et à l'établissement scolaire fréquenté, ainsi que celle comportant le bulletin scolaire du premier trimestre de l'année scolaire 2019-2020 daté du 25 novembre 2019.

Dans ces conditions, l'argumentation du recourant qui consiste à se plaindre de l'absence de transmission d'une pièce de sa partie adverse qu'il avait lui-même déjà produite en procédure - à l'appui d'écritures qui n'ont pas été déclarées irrecevables par la cour cantonale - apparaît contraire à la bonne foi procédurale. On ne voit au demeurant pas ce que la production du bulletin scolaire - qui est antérieur aux observations du recourant du 19 décembre 2019 et qui est seul pertinent au regard des deux autres pages supplémentaires produites par l'intimée, lesquelles ne comportent aucun élément propre à juger de la question litigieuse - y changerait, le recourant ne démontrant pas que la Cour de justice l'aurait pris en considération dans son analyse, ce qui ne ressort du reste pas de la motivation de cette juridiction. Il en va de même des reproches que le recourant adresse à l'autorité cantonale en lien avec l'absence de rapport complémentaire du SEASP. En effet, alors qu'il avait manifestement connaissance des pièces dont il fait état, il n'apparaît pas qu'il ait requis en instance cantonale la mise en oeuvre d'un tel complément. Il ne saurait dès lors s'en plaindre sous l'angle d'une violation de son droit d'être entendu (cf. arrêt 4A\_588/2019 du 12 mai 2020 consid. 7 et les arrêts cités). Cela se justifie d'autant plus qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le recourant s'était opposé à l'établissement d'un tel rapport lorsque l'intimée l'avait requis du premier juge, motif pris du suivi psychologique de l'enfant en cours auprès de la Guidance infantile.

Le moyen, pour autant que recevable, doit être rejeté.

#### **E. 4**

Invoquant l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ), le recourant reproche à l'autorité cantonale de s'être en tout point écartée, " sans motif justificatif ", du rapport du SEASP du 28 mai 2019. Il soutient qu'il a clairement établi que l'enfant vivait une période compliquée depuis la séparation des parties et que son développement en était affecté. On peinait dès lors à comprendre en quoi un déménagement dans une ville qui lui était étrangère, où il ne disposerait d'aucun repère, l'aiderait ou, à tout le moins, serait préférable à sa situation actuelle.

##### **E. 4.1**

Comme tout moyen de preuve, une expertise est sujette à la libre appréciation des preuves par le juge, que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire (cf. supra consid. 2.2; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1; arrêt 5A\_539/2020 du 17 août 2020 consid. 3.5.2). Sur les questions techniques, le tribunal ne peut s'écarter d'une expertise judiciaire que pour des motifs pertinents. En l'absence de tels motifs, il ne doit pas substituer son propre avis à celui de l'expert (cf. ATF 101 IV 129 consid. 3a). Le tribunal doit examiner si, sur la base des autres preuves et des allégations des parties, il existe des objections sérieuses quant au caractère concluant des explications de l'expert. Si le caractère concluant d'une expertise lui semble douteux sur des points essentiels, le tribunal doit au besoin administrer des preuves complémentaires afin de lever ce doute. Le fait de se fonder sur une expertise non concluante, respectivement de renoncer à l'administration de preuves supplémentaires

nécessaires peut constituer une appréciation arbitraire des preuves ( ATF 146 IV 114 consid. 2.1 et l'arrêt cité; arrêt 5A\_539/2020 précité ibid.).

Aux fins de trancher la question du sort des enfants, le juge peut notamment avoir recours aux services de protection de l'enfance ou de la jeunesse pour demander un rapport sur la situation familiale, une enquête sociale pouvant avoir son utilité en cas de situation conflictuelle et de doute sur la solution adéquate pour les enfants; il peut toutefois s'écarter des conclusions d'un rapport établi par un tel service à des conditions moins strictes que celles applicables lorsqu'il s'agit d'une expertise judiciaire (arrêts 5A\_805/2019 du 27 mars 2020 consid. 4.1; 5A\_756/2019 du 13 février 2020 consid. 3.1.1 et les références; 5A\_382/2019 du 9 décembre 2019 consid. 4.2.2; 5A\_373/2018 du 8 avril 2019 consid. 3.2.6; 5A\_794/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1; 5A\_512/2017 du 22 décembre 2017 consid. 3.4.3 in fine).

#### **E. 4.2**

Le recourant expose que l'argument avancé par la cour cantonale pour ne pas tenir compte du rapport du SEASP était que ce rapport n'était plus d'actualité, dans la mesure où l'enfant " [allait] beaucoup mieux ". Selon lui, une telle justification était toutefois " parfaitement erronée ", comme en attestait le bulletin scolaire établi le 25 novembre 2019, le rapport d'évaluation standardisée du Secrétariat à la pédagogie spécialisée daté du 13 décembre 2019, le rapport de la logopédiste du 5 novembre 2019 ainsi que le rapport final de la psychologue de la Guidance infantile du 8 novembre 2019. L'enfant était au contraire en proie à d'importantes difficultés de langage et de psychomotricité, pour lesquelles il était suivi par une logopédiste. Certes, une amélioration avait été constatée, notamment dans son interaction avec les autres. Toutefois, il était établi que l'évolution favorable de l'enfant venait confirmer l'hypothèse, selon laquelle la situation familiale conflictuelle constituait un facteur de stress important pour lui. Comme il souffrait d'anxiété, un déménagement dans un environnement qui lui paraîtrait tellement étranger serait indubitablement un facteur de stress supplémentaire, freinant drastiquement les améliorations jusqu'ici constatées. L'allégation de la cour cantonale selon laquelle l'enfant serait à même, vu son âge, d'affronter des réalités nouvelles et qu'un changement de son lieu de résidence ne représenterait pas un obstacle majeur pour lui était " parfaitement contraire " au rapport du SEASP, dont rien ne justifiait de s'écarter. Il en allait de même de l'affirmation selon laquelle le passage du système scolaire genevois au système scolaire zurichois ne constituerait pas une difficulté pour l'enfant. Il allait en effet de soi que le déménagement à Zurich aurait des conséquences graves sur son développement ainsi que sur le droit de visite.

En faisant totalement abstraction de l'avis des auteurs du rapport du SEASP et en s'abstenant de solliciter un rapport complémentaire, alors qu'elle avait retenu que la situation de l'enfant avait évolué, la Cour de justice avait clairement fait preuve d'arbitraire et, ce faisant, procédé à une application insoutenable de l' art. 307 al. 3 CC en autorisant l'intimée à déplacer le domicile de l'enfant. L'arrêt attaqué choquait profondément le sentiment de justice, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant en venait à être totalement négligé et mis de côté.

#### **E. 4.3**

Par cette argumentation, le recourant ne parvient pas à démontrer que la Cour de justice aurait commis l'arbitraire en s'écarter du rapport du SEASP. Les juges cantonaux ont effet

clairement exposé pourquoi ce rapport n'était plus d'actualité et sur quels éléments ils se fondaient pour s'en écarter, soit essentiellement sur le rapport du 8 novembre 2019 établi par la psychologue de la Guidance infantile. A cet égard, le recourant se borne à relever que ce rapport est postérieur à celui du SEASP [sic], qu'il ne traite que de l'aspect logopédique, que la psychologue avait diagnostiqué chez l'enfant un retard global du développement avec une symptomatologie anxieuse et qu'elle avait indiqué que le suivi par la logopédiste devait être maintenu afin que l'enfant se stabilise. Ce faisant, le recourant procède à une lecture partielle dudit rapport, dans le sens qui l'arrange, sans démontrer dans quelle mesure celle de l'autorité précédente serait arbitraire. Il en va de même lorsque le recourant prend appui sur des éléments choisis du rapport d'évaluation standardisée du 13 décembre 2019 ou du bulletin scolaire du 25 novembre 2019, dont il plaide pourtant la production tardive et dont il n'apparaît de toute façon pas que la cour cantonale en ait tenu compte. Quant au rapport de la logopédiste du 5 novembre 2019, le recourant ne fait que relever que cette spécialiste a exposé que des difficultés subsistaient chez l'enfant justifiant une thérapie logopédique. Or ce besoin de suivi n'a nullement été occulté par la Cour de justice, qui a toutefois considéré qu'il pourrait aisément être poursuivi à Zurich. Pour le reste, le recourant se contente de présenter sa propre vision de la situation et s'épuise donc en une démarche purement appellatoire, laissant intacte l'appréciation de l'autorité cantonale.

Force est ainsi de constater que la Cour de justice n'a pas commis l'arbitraire en s'écartant, sur la base de motifs dont la pertinence n'a pas été valablement contestée, des propositions du rapport d'évaluation sociale produit devant le premier juge et en substituant sa propre appréciation à celle du SEASP. Elle n'avait pas non plus à recueillir des preuves supplémentaires pour s'en écarter: ce n'est que si le juge entend suivre une expertise dont les conclusions lui paraissent douteuses qu'il lui appartient de dissiper ses hésitations au moyen d'autres moyens de preuve (cf. supra consid. 4.1). Autant que recevable, le grief est par conséquent mal fondé.

## **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.