

# **GE\_GERICHTE ACJC/1068/2015 vom 16. September 2015**

GE Cour de justice, 2015-09-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1068\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1068_2015)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1068/2015 du 16 septembre 2015

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1068/2015 del 16 settembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, si la contestation porte sur des questions non patrimoniales ou si, lorsque l'affaire est de nature pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. (art. 308 al.1 let. b et al. 2 CPC). Ainsi la durée des revenus et prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué d'un montant annuel du revenu ou de la prestation, multipliée par 20 (art. 92 al. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte sur l'attribution de la garde d'un enfant mineur et le droit de visite, ainsi que sur la contribution à l'entretien du parent non gardien de l'enfant; la cause est ainsi non pécuniaire dans son ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_196/2013 du 25 septembre 2013 consid. 1.1; 5A\_483/2011 du 31 octobre 2011 consid. 1.1). La voie de l'appel est ainsi ouverte.

### **E. 1.2**

L'appel a été interjeté dans le délai de dix jours (art. 271 et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

Sont également recevables l'écriture responsive de l'intimé (art. 248 let. d, 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC) ainsi que les déterminations subséquentes des parties (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1 = SJ 2011 I 345).

### **E. 1.3**

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

Le litige portant sur la contribution due à un enfant mineur et les relations personnelles entre cet enfant et le parent non gardien, les maximes inquisitoire et d'office illimitées régissent la procédure (art. 296 al. 1, 55 al. 2 et 58 al. 2 CPC); ATF 129 III 417 consid. 2.1.2; 128 III 411 consid. 3.2.2 et les réf.; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_996/2012 du 18 avril 2013 consid. 3.2.2), de sorte que la Cour n'est ainsi liée ni par les conclusions des parties sur ce point (art. 296 al. 3 CPC) ni par l'interdiction de la réformatio in pejus (ATF 129 III 417 consid.2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_562/2009 du 18 janvier 2010 consid. 3.1).

### **E. 2**

La nationalité étrangère des parties constitue un élément d'extranéité (art. 1 al. 1 LDIP).

Les tribunaux genevois sont compétents pour connaître de la demande (art. 46 LDIP), compte tenu des domiciles genevois des parties. Le droit suisse est par ailleurs applicable (art. 4 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, applicable erga omnes; RS 0.211.213.01, applicable par renvoi des art. 48 et 49 LDIP), ce qui n'est au demeurant pas contesté par les parties.

### **E. 3**

En application du principe de la force de chose jugée partielle instituée par l'art. 315 al. 1 CPC, la Cour peut revoir uniquement celles des dispositions du jugement entrepris qui sont remises en cause en appel, à la seule exception du cas visé par l'art. 282 al. 2 CPC, non réalisé en l'espèce.

Le principe de la chose jugée l'emporte ainsi sur celui de la maxime d'office.

Dès lors, les chiffres 1 à 3, 6 à 8 et 12 du dispositif du jugement querellé, non remis en cause par l'appelant, sont entrés en force de chose jugée. En revanche, les chiffres 10 et 11, relatifs aux frais de première instance, pourront encore être revus d'office en cas d'annulation de tout ou partie du jugement entrepris dans le cadre du présent appel (art. 318 al. 3 CPC).

### **E. 4**

La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale est une procédure sommaire au sens propre (art. 271 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_340/2008 consid. 3.1; 5A\_344/2008 consid. 2; HOHL, op. cit., n. 1900). Cette procédure n'est donc pas destinée à trancher des questions litigieuses délicates nécessitant une instruction approfondie (SJ 1988 p. 638). L'autorité saisie peut s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués, solution qui est retenue en matière de mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 aCC, abrogé par le CPC mais à laquelle il est donc possible de se référer (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_124/2008 du 10 avril 2008; ATF 127 III 474 consid. 2b/b). Il incombe à chaque époux de communiquer tous les renseignements relatifs à sa situation personnelle et économique, accompagnés des justificatifs utiles, permettant ensuite d'arrêter la contribution en faveur de la famille (BRÄM/HASENBÖHLER Commentaire zurichois, n. 8-10 ad art. 180 CC).

Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC) sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. La décision de mesures protectrices de l'union conjugale est en principe provisoire et revêtue d'une autorité de la chose jugée limitée. La jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur du CPC demeure applicable (en particulier l'ATF 127 III 474 consid. 2b/bb p. 478 s.) : la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_318/2014, 5A\_333/2014 du 2 octobre 2014 consid. 2.2; 5A\_557/2013 du 23 décembre 2013 consid. 1.3), l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (HOHL, op. cit., n. 1901; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, 2009, p. 71; VOUILLOZ, Les procédures du droit de la famille, in Jusletter 11 octobre 2010, Rz n. 6; VETTERLI, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in FamPra.ch 2010, p. 787). Tous les moyens de preuve sont en principe admissibles (art. 254 al. 2 let. c CPC), étant précisé que ceux dont l'administration ne peut intervenir immédiatement ne doivent être ordonnés que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_444/2008 du 14 août 2008 consid. 2.2).

## **E. 5**

L'appelant soutient que le droit d'être entendu de C\_\_\_\_\_ a été violé, le premier juge n'ayant pas procédé à son audition.

### **E. 5.1**

Aux termes de l'art. 298 al. 1 CPC, applicable à tout litige matrimonial dans lequel le juge est appelé à statuer sur le sort de l'enfant (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY (éd.), ad art. 298 n. 6), celui-ci est entendu personnellement et de manière appropriée par le Tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, comme en ce qui concerne l'art. 298 CPC, applicable dans les procédures de droit matrimonial, l'audition de l'enfant ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice développée par le Tribunal fédéral dans le cadre des procédures de droit matrimonial, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a atteint l'âge de six ans révolus (ATF 133 III 553 consid. 3; 131 III 553 consid. 1.2.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_593/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2), bien qu'en psychologie infantine, il soit admis que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_554/2014 du 21 octobre 2014 consid. 5.1.2; 5A\_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1.1; 5A\_593/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2). L'audition d'un jeune enfant vise donc avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision, le jeune enfant n'étant pas encore en mesure de s'exprimer sans faire abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable (ATF 133 III 146 consid. 2.6; 131 III 553 consid. 1.2.2 et les références). L'audition des enfants découle aussi directement de l'art. 12 CDE (ATF 124 II 90 consid. 3a). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant du droit fédéral (au sujet de l'art. 144a CC, cf. ATF 131 III 553 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_735/2007 du 28 janvier 2008 consid. 2.1, publié in : FamPra.ch 2008 p. 449). L'art. 12 CDE garantit à chaque enfant le droit d'exprimer son avis dans toute procédure le concernant, dans la mesure où il est capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l'art. 16 CC (ATF 131 III 553 consid. 1.1 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_554/2014 du 21 octobre 2014 consid. 5.1.2; 5A\_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1.1).

### **E. 5.2**

En l'espèce, l'enfant C\_\_\_\_\_ est né en 2008. Il avait par conséquent moins de six ans lors de l'introduction de la demande de première instance et tout juste six ans lors du dépôt du rapport d'évaluation par le SPMi. Il n'a, en procédure d'appel, pas encore atteint l'âge de sept ans. Compte tenu de son âge, on ne saurait lui

- 11/16 -

C/14363/2014 reconnaître la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. L'art. 12 CDE n'a donc pas été enfreint. Par ailleurs, son audition consistait avant tout en un moyen de preuve supplémentaire, dont l'administration pouvait être admise comme superflue, si le Tribunal considérait les éléments dont il disposait comme étant suffisamment établis et

pertinents pour trancher la question litigieuse.

Par conséquent, aucune violation du droit d'être entendu de l'enfant C\_\_\_\_\_ ne peut être retenue.

### **E. 6.1**

En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC).

Selon l'art. 296 al. 1er CC, l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale.

Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant. Le détenteur de l'autorité parentale peut confier des enfants à des tiers, exiger sa restitution, surveiller ses relations et diriger son éducation (DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, Droit de la famille, Lausanne 2013, n. 1.2 ad art. 296 CC; ATF 128 II 9 consid. 4a).

Lorsque le juge ordonne les mesures nécessaires concernant les enfants mineurs, le principe fondamental est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations entre les parents et l'enfant, les capacités éducatives respectives des père et mère, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut 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 affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 consid. 5.3, arrêts du Tribunal fédéral 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 6.1; TF, FamPra 2006 p. 193 consid. 2.1; 5A\_693/2007 du 18 février 2008 consid. 5.1). Le désir d'attribution exprimé par l'enfant peut jouer un rôle important s'il apparaît, sur le vu de son âge et de son développement, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir reflète une relation effective étroite avec le parent désigné (FamPra 2006 p. 193 consid. 2.1; ATF 126 III 497 consid. 4). En matière de mesures protectrices, qui visent à maîtriser une crise conjugale, il convient d'accorder une importance primordiale aux conditions de vie et à la répartition des tâches qui existaient jusque-là; il en résulte surtout le besoin de créer au plus vite une situation optimale pour les enfants (TF, FamPra 2003, p. 700).

En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité

- 12/16 -

C/14363/2014 et les relations familiales sont à examiner. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_834/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1).

Lorsqu'il y a plusieurs enfants, le juge évite de les séparer, ce afin d'éviter de compromettre, sans raisons impérieuses, les liens d'affection qui les unissent ainsi que les bénéfices de l'éducation qu'ils ont reçue en commun (ATF 115 II 317 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_183/2010 du 19 avril 2010 consid. 3.3.1 in fine). La Cour de céans a retenu que s'il est en principe déconseillé de séparer une fratrie, ce principe n'est pas intangible, le juge devant examiner l'ensemble des circonstances au regard de l'intérêt de chaque enfant en particulier

(ACJC/1198/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2.2).

Le juge n'est pas lié par les conclusions du SPMi; 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 (HAFNER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, SPÜHLER/ TENCHIO/INFANGER [éd.], 2013, n. 4 ad art. 190 CPC; WEIBEL/NAEGELI, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2013, n. 8 ad art. 190 CPC).

### **E. 6.2**

En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties disposent de capacités parentales adéquates pour assurer une bonne prise en charge des enfants. Il est également constant que l'appelant travaille à plein temps – et dispose d'un horaire de travail très flexible – et que l'intimée exerce une activité professionnelle à raison de 10 à 15 heures par semaine.

La Cour retient que l'appelant, auquel la garde de l'adolescent D\_\_\_\_\_ a été confiée par le Tribunal, laquelle n'est pas remise en cause et est dans l'intérêt de celui-ci, doit s'occuper de trois enfants adolescents et du même âge. Le rapport du SPMi a mis en évidence que D\_\_\_\_\_, au vu de ses faibles résultats scolaires, nécessitait un accompagnement soutenu, que l'appelant était à même d'assurer.

Par ailleurs, avec le SPMi, au vu du jeune âge de C\_\_\_\_\_ et du fait qu'il passe plus de temps avec l'intimée qu'avec l'appelant, il est dans l'intérêt et le bien de l'enfant que sa garde soit assurée par la mère. C\_\_\_\_\_ passe par ailleurs tous les mercredis avec elle. L'intimée est d'ailleurs très engagée et investie dans les suivis médicaux, les repas, le suivi scolaire et l'éducation de C\_\_\_\_\_.

De surcroît, D\_\_\_\_\_ et ses deux frères, sont scolarisés au Cycle d'orientation, alors que C\_\_\_\_\_ fréquente l'école primaire et la différence d'âge entre celui-ci et ses frères est importante (7 ans).

- 13/16 -

C/14363/2014

Ainsi, la séparation de la fratrie est dans le cas d'espèce conforme à l'intérêt de l'enfant C\_\_\_\_\_, de sorte qu'il se justifie que sa garde soit confiée à la mère.

La Cour relève que cette séparation est atténuée par le large droit de visite en faveur de l'appelant fixé par le Tribunal, non remis en cause par les parties en tant que tel et conforme à l'intérêt de l'ensemble des enfants. En effet, ces derniers passeront, chaque semaine, des moments ensemble le mardi soir à la sortie de l'école jusqu'au mercredi matin, un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au lundi matin, ainsi que la moitié des vacances scolaires.

### **E. 6.3**

Par conséquent, l'appelant sera débouté de ses conclusions et les ch. 4 et 5 du jugement querellé seront confirmés.

### **E. 6.4**

L'appelant a contesté la contribution à l'entretien de C\_\_\_\_\_, en lien avec la remise en cause de l'attribution du droit de garde. Dans la mesure où la quotité de la contribution n'est

pas contestée, et que la garde de l'enfant est attribuée à l'intimée, il se justifie également de confirmer la contribution fixée par le Tribunal, à 700 fr. par mois à compter du départ de C\_\_\_\_\_ du domicile conjugal. Celle-ci est d'ailleurs conforme aux revenus et charges des parties.

#### **E. 7.1**

Lorsque la Cour de céans statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Le premier juge a mis les frais judiciaires, arrêtés à 900 fr., à la charge des parties pour moitié chacune et n'a pas alloué de dépens. A défaut de grief motivé concernant les frais de première instance et au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de modifier la décision du premier juge sur ces points, de sorte que les ch. 10 et 11 seront confirmés.

#### **E. 7.2**

Les frais d'appel, arrêtés à 1'325 fr. (art. 30 al. 1 et 35 RTFD), seront mis à la charge des parties pour moitié chacune, compte tenu de la nature familiale du litige (art. 95 et 107 al. 1 let. c CPC), partiellement compensés par l'avance de frais du même montant fournie par l'appelant, acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). La part de l'intimée de 662 fr. 50 sera provisoirement supportée par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b et 123 al. 1 CPC; art. 19 RAJ), l'intimée plaidant au bénéfice de l'assistance juridique.

En conséquence, la somme de 662 fr. 50 sera restituée à l'appelant.

Les parties supporteront par ailleurs leurs propres dépens.

#### **E. 8**

S'agissant de mesures protectrices de l'union conjugale prononcées pour une durée indéterminée (art. 51 al. 4 LTF), la valeur litigieuse est supérieure au seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), ce qui ouvre la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF). Dans le cas d'un recours formé

- 14/16 -

C/14363/2014 contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF). \* \* \* \* \*

- 15/16 -

C/14363/2014 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 12 mars 2015 par A\_\_\_\_\_ contre les chiffres 4, 5 et 9 du dispositif du jugement JTPI/2524/2015 rendu le 27 février 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14363/2014-5. Au fond : Confirme ce jugement. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais à 1'325 fr. et les met à la charge des parties pour moitié chacune. Les compense à due concurrence avec l'avance de frais de 662 fr. 50 fournie par A\_\_\_\_\_, acquise à l'Etat. Dit que la part de 662 fr. 50 à charge de B\_\_\_\_\_ est provisoirement supportée par l'Etat de Genève. Ordonne aux Services financiers du Pourvoir judiciaire de restituer la somme de 662 fr. 50 à A\_\_\_\_\_. Dit que chacune des parties conserve à sa charge ses propres dépens. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Patrick CHENAUX, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente : Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière : Audrey MARASCO

- 16/16 -

C/14363/2014

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 des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.

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