

GE_GERICHTE ACJC/1335/2013 vom 15. März 2013

GE Cour de justice, 2013-03-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1335_2013

FR: GE_GERICHTE ACJC/1335/2013 du 15 mars 2013

IT: GE_GERICHTE ACJC/1335/2013 del 15 marzo 2013

Erwägungen

E. 1.1

Dans les affaires patrimoniales, l'appel n'est ouvert que si la valeur litigieuse atteint au moins 10'000 fr. (308 al. 2 CPC). Lorsque la prétention litigieuse porte, comme en l'espèce, sur une prestation périodique de durée indéterminée, le capital déterminant pour la valeur litigieuse correspond au montant annuel de la prestation multiplié par vingt (art. 92 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ, L'appel et le recours, in: Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, n. 39, p. 363). Elle se calcule en fonction du dernier état des conclusions litigieuses devant le Tribunal de première instance (art. 308 al. 2 CPC). Le montant alloué par l'instance inférieure ou celui encore litigieux devant la Cour de justice n'est pas déterminant (ATF 137 III 47 consid. 1.2.2 = SJ 2011 I 179). Les conclusions relatives à la garde des enfants sont de nature non pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 1).

- 18/42 -

C/12191/2011

Outre l'attribution de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant, de nature non pécuniaire, le jugement dont la modification est sollicitée donnait acte à l'appelant de son engagement à verser une contribution à l'entretien de la famille de 6'500 fr. du 1er octobre 2010 au 30 septembre 2011 et de 5'000 fr. par mois dès octobre 2011. L'appelant a conclu à ce qu'il soit constaté qu'il ne doit aucune contribution depuis le 17 juin 2011. La valeur litigieuse est dès lors largement supérieure à 10'000 fr. La voie de l'appel est ouverte.

E. 1.2

Les appels ont été interjetés dans le délai de dix jours (art. 311 al. 1 CPC). Sur le plan formel, l'appel doit être écrit, signé et motivé (art. 311 al. 1 et art. 130 CPC). L'appel formé par l'appelant est ainsi recevable.

E. 1.3

L'appel doit aussi comporter des conclusions, lesquelles doivent indiquer sur quels points la partie appelante demande la modification ou l'annulation de la décision attaquée; en principe, les conclusions doivent être libellées de telle manière que l'autorité d'appel puisse, s'il y a lieu les incorporer sans modification au dispositif de sa propre décision. En règle générale, les conclusions portant sur des prestations en argent doivent être chiffrées (arrêt du Tribunal fédéral 4A_587/2012 du 9 janvier 2013, consid. 2; ATF 137 III 617 consid. 4.2 et 4.3).

L'irrecevabilité des conclusions d'appel au motif que celles-ci ne sont pas chiffrées peut toutefois contrevenir au principe de l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst).

L'autorité d'appel doit ainsi, à titre exceptionnel, entrer en matière lorsque le montant réclamé ressort de la motivation de l'appel, à tout le moins mis en relation avec le dispositif de la décision attaquée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_713/2012 du 15 février 2013 consid. 4.1). En outre, il n'appartient pas à l'autorité d'appel de fixer un délai à l'appelant pour qu'il précise ses conclusions si celles-ci ne sont pas suffisamment explicites : l'art. 132 al. 1 et 2 CPC ne s'applique pas dans une telle situation (arrêt du Tribunal fédéral 5A_713/2012 du 15 février 2013 consid. 4.2; ATF 137 III 617 consid. 6.4).

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, rendue tant sous l'empire de l'OJ que de la LTF, également confirmée dans le cadre de la aLPC, il appartient au recourant, qui exerce un recours susceptible d'aboutir à la réformation de la décision entreprise, de prendre non seulement des conclusions en annulation de cette décision mais aussi des conclusions sur le fond du litige sous peine de voir son recours déclaré irrecevable. Il n'est fait exception à cette règle que lorsque la juridiction de recours, si elle admettait celui-ci, ne serait de toute manière pas à même de statuer sur le fond, mais devrait renvoyer la cause à l'instance précédente pour complément d'instruction et nouvelle décision (arrêts du Tribunal fédéral 4C_267/2006 du 13 novembre 2006 consid. 2.1 et 2.2; 4D_65/2009 du 13 juillet

- 19/42 -

C/12191/2011 2009 consid. 1.2.1; ATF 134 III 379 consid. 1.3; arrêt du Tribunal fédéral 5P_389/2004 consid. 2.3 et 2.4 in SJ 2005 I 579).

Quand bien même le recourant ne prendrait que des conclusions cassatoires, reposant par exemple sur une instruction insuffisante de la cause, ce vice ne conduira pas à l'irrecevabilité du recours si le grief est fondé, car dans un tel cas la juridiction de recours ne pourrait précisément pas juger le fond de la cause avant l'exécution du complément d'enquêtes (arrêt du Tribunal fédéral 4A_183/2011 du 16 juin 2011 consid. 1.4).

Ces principes jurisprudentiels sont directement transposables au CPC, particulièrement à l'appel, compte tenu de sa vocation essentiellement réformatrice consacrée par l'art. 318 al. 1 lit. a et b CPC.

L'effet cassatoire de l'appel, conçu comme une exception, permet toutefois à l'autorité d'appel de renvoyer la cause à la première instance si un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 lit. c CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 4 ad art. 318 CPC et n. 4 ad art. 311 CPC).

E. 1.4

Dans le cas présent, l'intimée a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause au Tribunal, et s'est abstenue de prendre des conclusions au fond en déboutement de l'appelant de sa demande de modification des mesures protectrices de l'union conjugale. Il n'en est également pas fait état dans la motivation de l'appel. Celui-ci devait être en conséquence déclaré irrecevable.

Ce raisonnement, pour être adopté, ne doit cependant pas se heurter au principe de l'interdiction du formalisme excessif.

Or, il serait excessivement formaliste de déclarer irrecevable un appel, certes dépourvu de conclusions réformatrices, mais dont le moyen principal, fondé sur une violation du droit d'être entendu ou du droit à la preuve et, par hypothèse, reconnu justifié, conduirait au

renvoi de la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision.

La recevabilité du présent appel, en tant qu'elle concerne les conclusions, dépend ainsi de l'examen de ce moyen, de sorte que cette question doit demeurer provisoirement indécise, pour permettre cet examen. Si le moyen s'avère infondé, l'appel sera déclaré irrecevable, ainsi que les pièces produites.

E. 1.5

Sont également recevables les écritures responsives des parties (art. 248 let. d, 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC), ainsi que la détermination spontanée de l'appelant, laquelle a été déposée dans un délai raisonnable (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3;

- 20/42 -

C/12191/2011 137 I 195 consid. 2.3.1 = SJ 2011 I p. 345; 133 I 98 consid. 2.1 et 2.2 = JdT 2007 I 379; 133 I 100 consid. 4.8).

E. 1.6

Par économie de procédure, les deux appels seront traités dans le même arrêt (art. 125 CPC).

E. 1.7

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2ème édition, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, op. cit., p. 349 ss, n. 121). S'agissant d'une procédure tendant à l'autorité parentale, à la garde et au droit de visite concernant un enfant mineur, la Cour établit les faits d'office (art. 272 et 296 al. 1 CPC; art. 280 al. 2 CC; ATF 128 III 411 consid. 3/1) et n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 1 et 3 CPC; STECK, Commentaire bâlois CPC, 2010, n° 1 ad art. 295-304 CPC et n° 4 ad art. 296 CPC; SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozess- ordnung, 2010, n. 4 art. 295-304 CPC).

E. 2.1

La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des pièces produites en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 ad art. 317 CPC). Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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 deux cas où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire parce qu'il s'agissait de mesures provisionnelles, il a été jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent également aux procédures soumises à la maxime inquisitoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_592/2011 du 31 janvier 2012, consid. 4.1; 5A_402/2011 du

E. 2.2

En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties (à l'exception de celles versées à l'appui de l'appel de l'intimée), dont certaines sont antérieures à la date de mise en délibération de la cause par le premier juge, sont toutes recevables car elles ont soit trait à la situation financière et personnelle des parties, soit à l'enfant; en revanche, les documents adressés par l'appelant à la Cour de céans le 26 septembre 2013, soit postérieurement à la mise en délibération de la cause, seront déclarés irrecevables. De plus, les faits nouveaux

invoqués par l'appelant les 28 et 30 octobre 2013 sont irrecevables car ils sont largement postérieurs à la mise en délibération de la présente cause. 3. La procédure de (modification des) mesures protectrices de l'union conjugale est une procédure sommaire (art. 271 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, JdT 2002 I 352; arrêts du Tribunal fédéral 5A_401/2013 du 2 août 2013 consid. 2; 5A_124/2008 du 10 avril 2008 consid. 4.2 et 5A_340/2008 du 12 août 2008 consid. 3.1). La cognition du juge 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3; 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, n. 6; VETTERLI, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in FamPra.ch 2010, p. 787). La décision de mesures protectrices de l'union conjugale est en principe provisoire et revêtue d'une autorité de la chose jugée limitée, dès lors qu'elle précède généralement la procédure de divorce. La jurisprudence rendue avant l'entrée en

- 22/42 -

C/12191/2011 vigueur du CPC demeure applicable (en particulier l'ATF 127 III 474 consid. 2b/bb p. 478). La procédure de mesures provisionnelles, comme la procédure de (modification des) mesures protectrices de l'union conjugale n'est pas destinée à trancher des questions litigieuses délicates nécessitant une instruction approfondie (SJ 1988 p. 638). 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). 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 (arrêts du Tribunal fédéral 5A_386/2012 du 23 juillet 2012 consid. 2.3; 5A_444/2008 du 14 août 2008 consid. 2.2). 4. 4.1 L'intimée se plaint que le premier juge a statué sans ordonner l'apport de la procédure de mesures provisionnelles de divorce, alors que dans le cadre de celle-ci, elle avait produit des pièces récentes concernant la situation de l'enfant. Elle se prévaut ainsi d'une violation de son droit d'être entendue. 4.2 Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) comprend, notamment, l'obligation pour le juge de motiver, au moins brièvement, sa décision (ATF 134 I 83 consid. 4.1) et le droit pour l'intéressé d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2; 127 I 54 consid. 2b; 124 I 48 consid. 3a). Une mesure probatoire peut être refusée à la suite d'une appréciation anticipée des preuves, c'est-à-dire lorsque l'autorité parvient, sans arbitraire, à la conclusion que l'administration de la preuve sollicitée ne pourrait plus modifier sa conviction (ATF 131 I 153 consid. 3; 129 III 18 consid. 2.6). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, la jurisprudence admet qu'une violation de ce dernier principe - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2; 129 I

129 consid. 2.2.3; 127 V 431

- 23/42 -

C/12191/2011 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 2C_306/2012 du 18 juillet 2012 consid. 3.1; 8C_449/2011 du 6 juin 2012 consid. 2.4.1; 8C_762/2009 du 5 juillet 2010 consid. 2.2). 4.3 En vertu de l'art. 296 al. 1 CPC, la maxime inquisitoire s'applique lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille. Selon la jurisprudence, le juge a le devoir d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves. Il n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents. Cette obligation du juge d'établir d'office les faits n'est cependant pas sans limite. La maxime inquisitoire ne dispense pas, en effet, les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (arrêts du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 5.1; 5A_522/2011 du 18 janvier 2012 consid. 4.1 in fine; 5P.473/2006 du 19 décembre 2006 consid. 3.2; ATF 130 III 102 consid. 2.2; 128 III 411 consid. 3.2.1 et les références). 4.4 Comme rappelé ci-avant, le juge, dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, statue sous l'angle de la vraisemblance. Par ailleurs, et compte tenu des maximes de procédure applicables, l'intimée, laquelle avait également l'obligation de collaborer activement, pouvait et devait elle-même produire - même spontanément - l'intégralité des actes de la procédure de mesures provisionnelles de divorce. Ce d'autant que le premier juge, après renvoi de la cause à la suite à la décision du Tribunal fédéral sur compétence, a expressément, par ordonnance du 16 janvier 2013, imparti aux parties un délai pour produire les pièces dont elles entendaient faire état et qu'il a également fixé une nouvelle audience de comparution personnelles des parties. Par ailleurs, dans son ordonnance du 1er février 2013, le Tribunal de première instance a précisé que la cause serait gardée à juger à l'issue de l'audience de comparution personnelle, tant en ce qui concerne le sort de l'enfant que la modification de la contribution d'entretien. Or, l'intimée n'a pas activement participé à la procédure, s'étant contentée de produire, le 13 février 2013, trois pièces, lesquelles ne portaient pas sur la situation financière précise des parties ni sur l'enfant. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, le Tribunal était fondé à rendre sa décision, sans ordonner l'apport de la procédure en divorce et partant de mesures provisionnelles et le droit d'être entendu de l'intimée a été respecté.

- 24/42 -

C/12191/2011 Enfin, et contrairement à ce qu'allègue l'intimée, le premier juge ne s'est pas fondé sur des pièces obsolètes, pour fonder sa décision. Outre le rapport d'expertise familiale du 7 juillet 2011, le Tribunal a pris en considération les indications fournies par l'intimée dans sa demande de renouvellement de visa, effectuée en 2012, l'échec des traitements faits à Washington et l'inquiétude dont a fait état le médecin en charge du suivi de l'enfant. La cause est en conséquence en état d'être jugée et les conclusions de l'intimée se révèlent infondées. 4.5 Ainsi, l'acte d'appel de l'intimée ne contenant pas de conclusions réformatoires, il sera déclaré irrecevable, ainsi que les pièces produites à cette occasion (cf. consid. 1.4). Eut-il été déclaré recevable qu'il serait infondé, comme cela sera développé ci-

après.

E. 5

décembre 2011, consid. 4.1 et 4.2). Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (arrêts du Tribunal fédéral 4A_228/2012 du 28 août 2012, consid. 2.2, publié aux ATF 138 III 625; 4A_310/2012 du 1er octobre 2012, consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour D_al. 1 CPC ne résulte de la stricte application de ses conditions (arrêt du Tribunal fédéral 4A_228/2012 précité, consid. 2.2). En revanche, la question de savoir s'il en va de même lorsque les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent n'a pas été tranchée. Dès lors, dans les causes de droit matrimonial

- 21/42 -

C/12191/2011 concernant les enfants mineurs, la Cour de céans persistera à admettre les novae (dans ce sens : TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), COCCHI/TREZZINI/ BERNASCONI [éd.], 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, 139). Les offres de preuve nouvelles en appel peuvent être introduites, dans l'hypothèse la plus favorable - soit lorsque la procédure est soumise aux maximes inquisitoire illimitée et d'office - comme en l'espèce, au plus tard jusqu'aux délibérations (art. 317 al. 1 let. a cum 229 al. 3 CPC par analogie; JEANDIN, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et n. 7 ad art. 317 CPC; TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 27 ad art. 229 CPC - cité ci-après TAPPY CPC Commenté -; TAPPY, op. cit., p. 139; HOHL, op. cit., p. 383 n. 2099).

E. 5.1

Les époux peuvent solliciter la modification des 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, notamment en matière de revenus, ou si le juge s'est fondé sur des circonstances de fait erronées (art. 179 al. 1 CC; arrêts du Tribunal fédéral 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1; 5A_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1; 5A_402/2010 du 10 septembre 2010 consid. 4.2.2 et les références). La décision de mesures protectrices étant revêtue d'une autorité de la chose jugée limitée (ATF 127 III 474 consid. 2b/aa), la procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles intervenant chez les parents ou l'enfant (ATF 131 III 189 consid. 2.7.4; 120 II 177 consid. 3a, 285 consid. 4b; arrêts du Tribunal fédéral 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 4.1.1; 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1; 5A_402/2010 du

E. 5.2

En cas d'urgence particulière, notamment lorsqu'il y a risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse (art. 265 al. 1 CPC, mesures superprovisionnelles). Le tribunal cite en même temps les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai ou impartit à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit. Après avoir entendu la partie adverse, le tribunal statue sur la requête sans délai (art. 265 al. 2 CPC). Il rend alors une décision sur mesures

provisionnelles qui remplace la décision superprovisionnelle. Les mesures provisionnelles restent en principe en vigueur jusqu'à l'entrée en force de la décision au fond; elles peuvent toutefois être modifiées ou révoquées si les circonstances se sont modifiées après leur prononcé, ou s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées (art. 268 CPC, arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2012 du 9 janvier 2013 consid. 1.1.1).

E. 5.3

Le juge des mesures protectrices est compétent pour la période antérieure à la litispendance de l'action en divorce, tandis que le juge des mesures provisionnelles l'est dès ce moment précis. Lorsque celui-ci est saisi, la procédure de mesures protectrices ne devient pas sans objet, le juge demeurant en effet compétent pour la période antérieure à la litispendance, et ce, même s'il ne rend sa décision que postérieurement (ATF 138 III 646 consid. 3.3.2; 129 III 60 consid. 3). Les compétences respectives du juge des mesures protectrices et du juge des mesures provisionnelles dépendent donc du moment où débute la litispendance de l'action en divorce. Les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur même au-delà de la procédure de divorce. Une fois ordonnées, elles ne peuvent être modifiées par le juge des mesures provisionnelles qu'aux conditions de l'art. 179 CC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_547/2012 du 14 mars 2013 consid. 4.2 et les références; ATF 129 III 60 consid. 2). Si le juge des mesures provisionnelles n'est pas saisi, les mesures protectrices ordonnées avant la litispendance continuent de déployer leurs effets (arrêt du Tribunal fédéral 5A_933/2012 du 17 mai 2013 consid. 5.2). Lorsque la litispendance cesse, sans toutefois qu'un jugement de divorce n'ait été rendu, le juge des mesures provisionnelles n'est plus compétent pour modifier ces mesures; seul le juge des mesures protectrices l'est dans ce cas. Néanmoins, les effets des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la vie séparée perdurent et continuent de déployer leurs effets tant que les parties demeurent séparées et que le juge des mesures protectrices ne les a pas modifiées sur requête

- 26/42 -

C/12191/2011 des parties (ATF 137 III 614 consid. 3.2.3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_933/2012 du 17 mai 2013 consid. 5.2; 5A_737/2012 du 23 janvier 2013 consid. 3; 5A_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2; 5A_720/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.1.2).

E. 5.4

L'intimée fait valoir que le premier juge n'était pas compétent pour statuer au-delà du 1er février 2013. Dans le cas d'espèce, l'appelant a saisi le 17 juin 2011 le Tribunal de première instance d'une demande de modification des mesures protectrices de l'union conjugale. Le 29 juin 2012, l'intimée a déposé auprès du Tribunal une demande de divorce. Dans le cadre de cette procédure, requis par l'appelant le 3 décembre 2012, d'un prononcé de mesures provisionnelles, le Tribunal de première instance a, par ordonnance du 1er février 2013, notamment attribué à l'appelant la garde et l'autorité parentale sur l'enfant C_____ et réservé à l'intimée un droit de visite. Le premier juge était donc compétent pour connaître de la requête dès sa saisine, jusqu'au prononcé des mesures provisionnelles le 1er février 2013. Toutefois, l'appelant a retiré sa demande de mesures provisionnelles le 27 mai 2013. Ce faisant, l'ordonnance du 1er février 2013 est devenue caduque. Par conséquent, le Tribunal de première instance était compétent, dans le cadre de la présente cause, pour prononcer des nouvelles mesures au-delà du 1er février 2013. L'intimée sera, partant, déboutée de ses conclusions sur ce point. Enfin, le départ de l'intimée aux Etats-Unis avec l'enfant, les perturbations dans l'exercice du droit de visite de l'appelant, respectivement

l'absence de relations entre l'appelant et son fils, ainsi que l'état de santé de l'enfant, constituent des faits nouveaux essentiels et durables, de sorte que c'est à bon droit que le premier juge est entré en matière sur la demande de modification formée par l'appelant. 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). 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

- 27/42 -

C/12191/2011 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). 6.2 Selon l'art. 296 al. 1er CC, l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale. Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale, dont le droit de garde est une composante, suppose ainsi 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 du droit de garde, ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 5A/697/2009 du 4 mars 2010 consid. 3.1; 5A_616/2007 du 23 avril 2008 résumé in FamPra.ch 2008 p. 284; 5C.32/2007 du

E. 10

mai 2007 consid. 4 publié in FamPra.ch 2007 p. 946 et la référence; 5C.63/2005 du 1er juin 2005 consid. 2 non publié aux ATF 131 III 553; 100 II 76 consid. 1-3; 111 II 405). 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_63/2011 du 1er juin 2011 consid. 2.4.1. et 5A_831/2010 du 14 novembre 2011 consid. 3.1.1). Dans le cadre de l'art. 176 al. 3 CC le juge peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer le droit de garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (arrêts 5A_742/2008 du 22 janvier 2009 consid. 3.1,

publié in FamPra.ch 2009 p. 509; 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 consid. 3.1, publié in FamPra.ch 2009 p. 238). L'attribution de l'autorité parentale exclusivement au père ou à la mère devrait constituer l'exception dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale

- 28/42 -

C/12191/2011 (arrêts du Tribunal fédéral 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1; 5A_456/2010 et 5A_460/2010 du 21 février 2011 consid. 3.1; 5A_752/2009 du

E. 11

février 2010 consid. 2.1; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4e éd., n. 460 p. 269/270; VEZ, Commentaire romand, n. 9 ad art. 297 CC; SCHWANDER, Commentaire bâlois, 3e éd., n. 12 ad art. 176 CC). Si l'octroi du droit de garde à un seul des parents apparaît suffisant pour garantir le bien de l'enfant, il n'y a pas lieu de modifier aussi l'exercice de l'autorité parentale (SCHWENZER, Commentaire bâlois, 3e éd., n. 6 ad art. 297 CC). La loi ne définit pas l'autorité parentale. La doctrine l'appréhende comme la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur. Il s'agit d'un faisceau de droits et de devoirs des père et mère à l'égard de l'enfant, dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant (VEZ, op. cit., n. 1 ad art. 296 CC; MEIER/STETTLER, op. cit., n. 442 p. 259). Quant au droit de garde, il est une composante de l'autorité parentale. Il comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 consid. 4a p. 9/10; 120 Ia 260 consid. 2 p. 263 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A_643/2011 du 22 novembre 2011 consid. 5.1.2; 5A_456/2010 et 5A_460 du 21 février 2011 consid. 3.1). Le détenteur de l'autorité parentale peut confier les 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). En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel la garde a été attribuée (art. 25 al. 1 CC). Le titulaire unique du droit de garde peut donc, sous réserve de l'abus de droit - par exemple s'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et l'autre parent - déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, le droit de visite devant alors être adapté en conséquence. En cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité tutélaire - respectivement le juge des mesures protectrices ou provisoires (cf. art. 315a al. 1 CC) - peut toutefois interdire le départ à l'étranger, en se fondant sur l'art. 307 al. 3 CC. Si tel n'est pas le cas, le parent seul titulaire du droit de garde ne se rend coupable d'aucune infraction en s'installant à l'étranger; le parent qui ne bénéficie pas du droit de garde n'a, quant à lui, pas qualité pour former une demande de retour au sens de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ATF 136 III 353 consid. 3 p. 355 ss; arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2010 et 5A_460/2010 du 21 février 2011 consid. 3.2).

- 29/42 -

C/12191/2011 Le juge cantonal appelé à se prononcer sur le fond, qui de par son expérience en la matière connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). 6.3 En l'espèce, il ressort des nombreux rapports et certificats établis par plusieurs médecins que C_____ présente un trouble de type autistique, des troubles psychologiques ainsi que des troubles alimentaires importants. A la

suite de la nomination du curateur en octobre 2010, le droit de visite de l'appelant sur son fils tel que fixé n'a pu être exercé, pendant plusieurs semaines, qu'une seule fois par l'appelant, la mère se réfugiant derrière divers prétextes pour refuser l'exercice de ce droit de visite. Le SPMi a également relevé, dans son courrier adressé au Tribunal tutélaire le 16 septembre 2011, que le droit de visite, devant avoir lieu chaque samedi et dimanche après-midi, n'avait jamais pu se mettre en place entièrement. En dépit des injonctions tant du SPMi, que du TP AE et du Ministère public, l'intimée a clairement empêché l'exercice par l'appelant du droit de visite. Selon les experts, une obstruction au droit de visite était préjudiciable pour l'enfant car la présence du père était d'autant plus importante dans la situation de l'enfant, lequel était investi de façon symbiotique par l'intimée. Malgré la mise en exergue des problèmes de santé de l'enfant, nécessitant une prise en charge médicale importante et rapide, et la place trouvée pour C_____ dans un centre spécialisé en autisme, l'intimée n'y a pas donné suite. Sur ce point, le SPMi a relevé, le 16 septembre 2011, que la prise en charge de l'enfant dans une institution spécialisée était possible et qu'en partant de Genève, l'intimée avait mis son fils en danger. Par ailleurs, l'intimée, contrairement à l'avis des spécialistes, a refusé la prise en charge des troubles psychologiques dont souffre C_____. En outre, il ressort sans ambiguïté de l'expertise familiale du 7 juillet 2011 que l'intimée souffre, de son côté, de troubles de la personnalité et qu'elle fait courir certains dangers pour l'évolution de son fils, notamment en lui imposant un protocole d'alimentation strict qui ne prend en compte ni la faim ni le consentement de l'enfant, en lui faisant subir du «tourisme médical» et en refusant la prise en charge de ses troubles psychologiques. A l'instar du Tribunal, la Cour retient que depuis l'été 2011, force est de constater que le comportement de l'intimée n'est toujours pas en adéquation avec les besoins de l'enfant puisqu'elle a, unilatéralement, décidé de partir aux États-Unis et qu'en quittant Genève, elle a mis fin, sans justification, à la prise en charge mise en place pour traiter les troubles de l'enfant dans leur globalité.

- 30/42 -

C/12191/2011 Elle a, de plus, clairement induit les autorités américaines en erreur, en tous les cas lors de sa demande de renouvellement de visa puisqu'elle leur a indiqué être entrée aux États-Unis pour que des soins médicaux soient dispensés à l'enfant alors qu'elle avait annoncé à son époux, à son avocat et aux autorités genevoises être partie aux États-Unis pour des vacances; elle a en outre indiqué faussement aux autorités américaines que les traitements adéquats n'étaient pas disponibles en Suisse alors qu'une place dans un centre spécialisé en autisme était disponible pour C_____. En outre, en déménageant aux États-Unis, l'intimée a été sciemment à l'encontre des recommandations des professionnels qui préconisaient de ne changer, ni le rythme, ni les habitudes de C_____; elle avait pourtant parfaitement conscience de cette problématique puisqu'elle-même prétendait, pour s'opposer au droit de visite du père, que modifier les horaires de la sieste de son fils de quelques heures pourrait le perturber. De plus, en instaurant une distance aussi grande entre le père et l'enfant, l'intimée n'a tenu aucun compte des recommandations des experts qui avaient pourtant insisté sur l'importance, pour l'enfant, de voir son père régulièrement. En outre, l'intimée n'a ni allégué, ni a fortiori rendu vraisemblable, qu'elle aurait mis en place un suivi tant des troubles autistiques de C_____ que des troubles psychologiques de celui-ci. Elle n'a également pas fait état de la mise en place d'un suivi psychologique pour elle-même, malgré les directives des spécialistes à cet égard. Enfin, il résulte de l'attestation établie le 11 juillet 2012 par la Dresse G_____, laquelle suit C_____ depuis le mois

d'août 2011, que les troubles alimentaires de l'enfant sont toujours graves et que la progression de C_____ est lente. Elle a fait état de son inquiétude quant à son état de santé. La Cour retient également que l'intimée fait fi des décisions judiciaires. En 2010 déjà, alors qu'elle s'était expressément engagée à ne pas quitter le territoire suisse avec C_____ sans l'accord de l'appelant, ce dont le Tribunal de première instance lui avait donné acte dans son ordonnance du 30 juin 2010, l'intimée est partie en voyage avec l'enfant aux Etats-Unis, sans l'assentiment du père. Par ailleurs, en dépit de l'ordonnance du 23 septembre 2011 rendue par le Tribunal de première instance lui faisant interdiction de quitter le territoire suisse avec l'enfant et de déposer les papiers d'identité de celui-ci en mains d'un huissier judiciaire, l'intimée est repartie aux Etats-Unis.

- 31/42 -

C/12191/2011 Dès lors, la Cour retient que l'intimée n'a nullement modifié son comportement vis-à-vis de C_____ et qu'elle continue de le soustraire à un traitement médical à même de traiter ses troubles dans leur ensemble et non pas uniquement ses difficultés alimentaires. Au vu de l'ensemble des éléments retenus ci-avant, l'intérêt de l'enfant justifie de modifier les mesures protectrices de l'union conjugale. L'intimée n'étant pas à même de prendre les décisions nécessaires et adéquates pour l'enfant, l'attribution de la garde de celui-ci à l'appelant n'est pas suffisante pour garantir le bien-être de C_____. Au vu des circonstances du cas d'espèce, il est nécessaire d'attribuer tant l'autorité parentale que la garde de C_____ à l'appelant. Cette solution était également recommandée par le Centre universitaire romand de Médecine légale et elle est, par conséquent, conforme à l'intérêt de l'enfant. 6.4 Le jugement entrepris sera en conséquence confirmé sur ce point. 6.5 Le droit de visite, non remis en cause par l'intimée, fixé à raison d'une journée par semaine, dans un point rencontre, ainsi que la curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite, sont également conformes à l'intérêt de l'enfant. 7. 7.1 La contribution à l'entretien de la famille doit être arrêtée de manière différenciée pour le conjoint, d'une part, et chaque enfant, d'autre part (arrêts du Tribunal fédéral 5A_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 6.1.1; 5A_743/2012 du 6 mars 2013 consid. 6.2.2). 7.2 Aux termes de l'art. 176 al. 3 CC, lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation. Les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (art. 276 al. 1 CC). A teneur de l'art. 276 al. 2 CC, l'entretien de l'enfant est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires. L'obligation d'entretien est ainsi un devoir commun des parents envers leurs enfants, qu'ils doivent exercer dans la mesure fixée à l'art. 285 CC. Ils sont déliés de leur obligation dans la mesure où l'on peut attendre de l'enfant qu'il subviennne à son entretien par le produit de son travail ou par ses autres ressources (art. 276 al. 3 CC). Selon l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère, compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant, de même que de la participation de celui de ses parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier.

- 32/42 -

C/12191/2011 Ces différents critères doivent être pris en considération et exercent une influence réciproque les uns sur les autres (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2). Ainsi, les besoins de l'enfant doivent être examinés avec les trois autres éléments évoqués et la contribution d'entretien doit toujours être dans un rapport raisonnable avec le niveau de vie

et la capacité contributive du débirentier (arrêt du Tribunal fédéral 5A_507/2007 du 24 avril 2008 consid. 5.1; ATF 116 II 110 consid. 3a). L'enfant a droit à une éducation et un niveau de vie correspondant à la situation de ses parents. Si ceux-ci vivent séparés, l'enfant a en principe le droit de bénéficier du train de vie de chacun d'eux. Il se justifie en conséquence de se fonder sur le niveau de vie différent de chaque parent pour déterminer la contribution d'entretien que chacun d'eux doit fournir (ATF 120 II 285 consid. 3a/cc = JdT 1996 I 213).

7.3 La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien (arrêt du Tribunal fédéral 5A_178/2008 du 23 avril 2008, consid. 3.2.; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2 p. 414); sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 128 III 161 consid. 2c/aa; 127 III 136 consid. 3a). Les besoins d'entretien moyens retenus dans les "Recommandations pour la fixation des contribution d'entretien des enfants" édictées par l'Office de la jeunesse du canton de Zurich, qui permettent d'évaluer le coût total de l'entretien d'un enfant en fonction de son âge, peuvent servir de point de départ pour la détermination des besoins d'un enfant dans un cas concret. Il y a toutefois lieu de les affiner en tenant comptes des besoins concrets particuliers de l'enfant, ainsi que du niveau de vie et de la capacité contributive des parents (arrêt du Tribunal fédéral 5A_507/2007 du 24 avril 2008 consid. 5.1; ATF 116 II 110 consid. 3a). Selon ces recommandations (année 2013), prévues pour des revenus de l'ordre de 7'000 fr. à 7'500 fr. (arrêt du Tribunal fédéral 5C.49/2006 du 24 août 2006 consid. 2.2), les besoins d'entretien d'un enfant unique âgé de 1 et 6 ans s'élèvent à 2'040 fr., dont 725 fr. pour les soins et l'éducation. Selon la méthode dite du pourcentage, la contribution d'entretien due se fixe entre 15% et 17% du revenu du débirentier pour un enfant, 25% à 27% pour deux enfants et 30% à 35% pour trois enfants (BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II p. 77 ss, 107). Pour apprécier la capacité contributive des parents et les besoins concrets de l'enfant, la jurisprudence admet, comme l'une des méthodes possibles, à côté de celle des «pourcentages» et de celle qui se réfère aux tabelles zurichoises, la méthode dite du «minimum vital» : les besoins de l'enfant mineur et la capacité contributive du débirentier sont déterminés en ajoutant à leurs montants de base

- 33/42 -

C/12191/2011 admis par le droit des poursuites leurs charges incompressibles respectives (loyer, assurance maladie, etc.) (ATF 127 III 68, JdT 2001 I 562 consid. 2b p. 564 et 565; 126 III 353, JdT 2002 I 162 consid. 1a/aa p. 165). Pour déterminer les charges des époux, il convient de se référer aux directives élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillite de Suisse pour le calcul du minimum vital selon l'art. 93 LP, lesquelles assurent une application uniforme du droit de la famille (arrêt du Tribunal fédéral in FamPra.ch 2003 p. 909 consid. 3; PICHONNAZ/FOEX, Commentaire Romand, Code civil I, n. 9 ad. art. 176 CC). A ce montant s'ajoutent les frais de logement, les cotisations de caisse maladie, les frais professionnels tels que les frais de déplacement nécessaires pour se rendre au travail (arrêt du Tribunal fédéral 5P.238/2005 du 28 novembre 2005 consid. 4.2.2.), les frais supplémentaires de repas à l'extérieur, les frais de garde des enfants pendant le travail, les impôts lorsque les conditions financières des époux sont favorables (arrêt du Tribunal fédéral 5C.282/2002 du 27 mars 2003 consid. 2; FamPra 2003 p. 678; ATF 127 III 68; 126 III 353 = JdT 2002 I 62; 127 III 68 consid. 2b = JdT 2001 I 562; 127 III 289 consid 2a/bb = JdT 2002 I 236). Le montant de base mensuel OP comprend les assurances privées, les dépenses pour l'éclairage, le courant électrique (Nomes d'insaisissabilité (E 3 60.04,

partie I). En cas d'organisation de la vie séparée, la répartition des tâches, l'étendue et le mode de contribution de chaque conjoint à l'entretien de la famille tels qu'ils prévalaient pendant la durée de la vie commune serviront de point de départ à la détermination de la part des ressources disponibles qu'il y a lieu d'attribuer à chaque époux. En particulier, l'époux qui supportait financièrement le poids principal des charges du mariage doit, autant que possible, continuer de fournir à son conjoint l'entretien convenable, compte tenu de l'ancien standard de vie du ménage (DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, Berne 2000, p. 290; STETTLER/GERMANI, Droit civil III, Fribourg 1999, p. 237 ss). La capacité contributive doit être appréciée en fonction des charges effectives du débirentier, étant précisé que seuls les montants réellement acquittés - exempts de toute majoration - peuvent être pris en compte (arrêt du Tribunal fédéral 5C.107/2005 du 13 avril 2006, consid. 4.2.1; ATF 121 III 20 consid. 3a p. 22 et les arrêts cités). Cette solution permet d'éviter un gonflement artificiel du passif du débiteur. Les allocations familiales doivent être retranchées du coût de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_386/2012 du 23 juillet 2012 consid. 4.2.1; 5A_402/2010 du 10 septembre 2010 consid. 4.2.4; 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 3).

- 34/42 -

C/12191/2011 7.4 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations. Le fait qu'un débirentier bénéficie d'indemnités de chômage ne dispense pas les autorités judiciaires civiles d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. Les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit social; ceux valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu (ATF 137 III 118 consid. 3.1 p. 121). Le juge peut être autorisé à s'écarter du montant réel des revenus obtenus par les parties et 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 afin qu'elles remplissent leurs obligations (ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêts du Tribunal fédéral 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1; 5A_18/2011 du 1er juin 2011 consid. 3.1.1; 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1). Le motif pour lequel l'époux concerné a renoncé au revenu supérieur est en principe sans importance. La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations (Fampra 2007 p. 895 consid. 3.1.; arrêt du Tribunal fédéral 5A_724/2009 du 26 avril 2010 consid. 5.2). Le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes : il doit tout d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte

tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit d'une question de fait (ATF 128 III 4 consid. 4c/bb; 126 III 10 consid. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut se baser sur l'enquête sur la structure des salaires en Suisse, réalisé par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; ATF 137 III 118 consid. 3.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_99/2011 consid. 7.4.1; 5A_18/2011 consid. 3.1.1; 5A_894/2010 consid. 3.1).

- 35/42 -

C/12191/2011 Le débirentier qui décide de changer d'orientation professionnelle ou projette de créer sa propre entreprise en qualité d'indépendant, alors qu'il sait, ou doit savoir, qu'il doit assumer des obligations d'entretien, peut raisonnablement se voir imputer un revenu hypothétique, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (ATF 137 III 118 consid. 3.1), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (arrêt du Tribunal fédéral 5A_100/2012 du 30 août 2012 consid. 4.1). 7.5 Entre époux, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien en mesures protectrices de l'union conjugale, comme il l'est aussi en mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce. Aux termes de cette disposition, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1); ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution [...] (al. 2); ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Pour fixer la contribution d'entretien, selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux. Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Il se peut donc que, suite à cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée dans l'ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC) pour statuer sur la contribution d'entretien et, en particulier, sur la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_122/2011 du 9 juin 2011 consid. 4). Ainsi, le juge doit examiner si, et dans quelle mesure, au vu de ces faits nouveaux, on peut attendre de l'époux désormais déchargé de son obligation de tenir le ménage antérieur, en raison de la suspension de la vie commune, qu'il investisse d'une autre manière sa force de travail ainsi libérée et reprenne ou étende son activité lucrative. En effet, dans une telle situation, la reprise de la vie commune, et donc le maintien de la répartition antérieure des tâches, ne sont ni recherchés ni vraisemblables; le but de l'indépendance financière des époux, notamment de celui qui jusqu'ici n'exerçait pas d'activité lucrative, ou seulement à temps partiel, gagne en importance. (ATF 137 III 385 consid. 3.1; 130 III 537 consid. 3.2 = SJ 2004 p. 529).

- 36/42 -

C/12191/2011 Pour fixer la contribution d'entretien, selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la

répartition des tâches et des ressources entre eux. Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 ss CC), le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Chacun des époux a le droit de participer de manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 consid. 4b/aa = JdT 1996 I 197). Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, il n'est plus nécessaire de majorer de 20% l'entretien de base prévu par les normes d'insaisissabilité, lors de la fixation de la contribution d'entretien (arrêt du Tribunal fédéral 5A_673/2011 du 11 avril 2012 consid. 2.3.2).

7.6 Dans le cas d'espèce, il convient en premier lieu de déterminer les revenus et les charges respectifs des époux, afin de fixer la contribution d'entretien due à l'enfant. Dans ce cadre, les maxime inquisitoire illimitée et d'office sont applicables, comme rappelé ci-avant. 7.6.1 L'appelant a été licencié pour le 31 janvier 2013. Il perçoit depuis lors des indemnités de la caisse de chômage représentant 8'000 fr. net mensuellement. Conformément à la jurisprudence fédérale, il convient de retenir le montant des indemnités perçu par l'appelant, aucun motif ne justifiant d'imputer un revenu hypothétique supérieur. Au titre des charges seront retenues le loyer de l'appartement de 4'386 fr. et du garage de 250 fr., la prime d'assurance-maladie de base de 397 fr. 15, les impôts estimés de 2'000 fr. et le montant de base OP de 1'200 fr. En revanche, l'assurance ménage, l'électricité, l'assurance responsabilité civile, la redevance Billag les frais de téléphone et d'internet ne seront pas pris en considération, car ils font partie du montant de base OP. Quant à l'impôt sur les plaques et l'assurance protection juridique circulation, l'appelant n'a pas rendu vraisemblable avoir besoin de son véhicule pour l'exercice de sa profession. L'abonnement fitness ne fait pour sa part pas partie des dépenses strictement nécessaires. L'assurance-maladie complémentaire ne fait pas partie des charges incompressibles. Ainsi, les charges mensuelles de l'appelant totalisent 8'233 fr. (8'233 fr. 15 arrondi). Par ailleurs, dès que l'appelant exercera la garde de C_____, le montant de base OP s'élèvera à 1'350 fr. et ses charges seront de 8'383 fr. par mois.

- 37/42 -

C/12191/2011 7.6.2 L'intimée jouit d'un diplôme de physiothérapie depuis 1997, d'un certificat de rééducation posturale globale depuis 1999 et d'une autorisation de pratique en qualité d'ostéopathe depuis fin 2008. Jusqu'à son départ de Genève en avril 2011, elle exerçait, en qualité d'indépendante, la profession de physiothérapeute. L'intimée n'a toutefois pas produit l'ensemble de ses comptes de pertes et profits/bilan, concernant l'ensemble de la période durant laquelle elle a exercé la profession de physiothérapeute indépendante. Le seul document définitif produit par l'appelant concerne l'année 2009 et fait état d'un bénéfice net de 51'864 fr. 89. La Cour ne saurait toutefois se fonder sur cette seule pièce, pour déterminer la capacité de gain de l'intimée. En effet, la Cour relève que l'intimée n'a eu de cesse de fournir des indications contradictoires aux diverses institutions suisses et américaines s'agissant de ses revenus et de ses charges. Elle a en effet tout d'abord allégué ne pas exercer d'activité lucrative aux Etats-Unis, puis précisé, dans sa demande urgente déposée le 11 février 2013 auprès des autorités américaines pour obtenir la garde de l'enfant, qu'elle avait un emploi rémunéré et qu'elle était capable de pourvoir à son propre entretien. L'intimée a également indiqué à l'Office des poursuites de Genève qu'elle participait au loyer de son compagnon, alors que son conseil a finalement expliqué qu'elle ne versait aucun loyer. Pour le surplus, l'intimée n'a produit, malgré les diverses demandes

de l'appelant et l'ordonnance rendue par le premier juge, aucun document relatif à ses charges. Quelle que soit la maxime applicable (inquisitoire pour l'enfant et de disposition pour l'épouse), et comme rappelé sous ch. 4.3, l'intimée a le devoir de collaborer activement à la procédure et de produire les pièces en sa possession. L'intimée est en bonne santé. Elle est âgée de 45 ans et dispose d'une excellente formation professionnelle. Au vu des éléments qui précèdent, il y a lieu de retenir que l'intimée est à même de travailler, soit comme employée, soit de manière indépendante, en qualité de physiothérapeute et/ou d'ostéopathe. En prenant en considération les troubles dont souffre C_____ et les soins qui doivent lui être consacrés, et du droit de visite accordé à l'intimée, cette dernière peut exercer une activité lucrative à 80%. Il ressort de l'enquête suisse que le salaire mensuel brut, dans le secteur de la santé humaine et de l'action sociale, s'élève à 7'410 fr. pour un plein temps. Au taux de 80% et sous déduction des charges sociales usuelles (environ 13%), la Cour retiendra que l'intimée peut réaliser un salaire mensuel net de 5'000 fr. Au titre des charges mensuelles seront prises en considération le loyer d'un appartement de 4 pièces, soit 2'000 fr., la prime d'assurance-maladie de 400 fr., les

- 38/42 -

C/12191/2011 frais de transport de 70 fr. et le montant de base OP de 1'200 fr., totalisant ainsi 3'670 fr. Elle dispose ainsi d'un solde mensuel de 1'330 fr. 7.6.3 S'agissant des charges de C_____, la Cour prendra en compte la prime d'assurance-maladie de 150 fr., l'écolage de 1'033 fr., les frais médicaux non couverts de 150 fr., ainsi que le montant de base OP de 400 fr., sous déduction de 300 fr. d'allocations familiales, soit, 1'433 fr. Ces charges doivent être retenues depuis le prononcé du jugement entrepris, lequel a attribué la garde de C_____ à l'appelant, soit depuis le 15 mars 2013. Compte tenu de l'attribution de la garde de l'enfant à l'appelant, ce dernier assumera la majeure partie des soins et de l'éducation de C_____. Il devra également consacrer du temps aux traitements médicaux et suivis qui devront être mis en place pour l'enfant. Il y a dès lors lieu de retenir que l'intimée devra pour sa part prendre en charge les frais de l'enfant, à hauteur de 1'330 fr. par mois, le minimum vital de l'intimée ne devant pas être entamé. 7.7 En ce qui concerne la contribution à l'entretien de l'intimée, et contrairement à ce que soutient l'appelant, l'art. 163 CC demeure pleinement applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale, respectivement la modification de celles-ci. Conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'absence de perspective de reprise de la vie commune ne joue aucun rôle dans ce cadre et les critères applicables au divorce, en particulier l'art. 125 CC, ne peuvent être pris en compte dans la présente procédure. L'appelant reste donc tenu, sur le principe, de verser une contribution à l'entretien de son épouse. L'intimée n'ayant pas formé appel en ce qui concerne la suppression de la contribution en sa faveur dès le 1er février 2013 et compte tenu de l'application de la maxime de disposition, le jugement entrepris sera confirmé sur ce point. 7.8 Selon la jurisprudence et la doctrine, l'art. 173 al. 3 CC, qui permet d'allouer des prestations d'entretien pour l'année qui précède l'introduction de la requête, n'est pas applicable dans une procédure de modification des mesures protectrices, même si les contributions en cours se révèlent trop élevées ou trop basses (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar zum Eherecht, n. 14 ad art. 179 CC et Berner Kommentar, ibidem; HASENBÖHLER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, n. 9 ad art. 179 CC). La modification déploie ses effets pour l'avenir et prend en principe effet au jour de l'entrée en force de la nouvelle décision (ATF 107 II 103 consid. 4 = JdT

C/12191/2011 1988 I 322; CHAIX, Commentaire Romand, Code Civil I, n. 6 ad art. 179 CC; VETTERLI, FamKomm Scheidung, n. 4 ad art. 179 CC). La décision de modification des mesures protectrices prend effet au plus tôt au moment du dépôt de la requête (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit., loc. cit), l'octroi d'un tel effet rétroactif relevant de l'appréciation du juge (ATF 111 II 103 consid. 4 p. 107; BRÄM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, n. 5 ad art. 179 CC et les références; DESCHENAUX/STEINAUER/BRADDELEY, Les effets du mariage, n. 786 p. 324). Des motifs très particuliers peuvent toutefois justifier une rétroactivité dans une plus large mesure (arrêt du Tribunal fédéral 5P.25/2001 consid. 4a; ATF 111 II 103 consid. 4 p. 107 s.; SJ 1954 p. 486; BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, n. 126 ad art. 145 CC; HEGNAUER/BREITSCHMIDT, Grundriss des Eherechts, 3e éd., p. 119 § 12 ch. 12.51) (arrêt du Tribunal fédéral 5A_340/2008 du 12 août 2008 consid. 5.1). 7.9 L'appelant requiert en l'espèce que la suppression de la contribution à l'entretien de la famille prenne effet le 17 juin 2011, date du dépôt de la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée ci-avant, la modification doit en principe intervenir pour l'avenir. Dans la mesure où la garde de l'enfant est attribuée à l'appelant dès le prononcé du jugement de première instance, les circonstances du cas d'espèce ne justifient pas de faire rétroagir la modification de la contribution à l'entretien de la famille au jour du dépôt de la requête. Il n'est dans ce cadre pas pertinent que la présente procédure ait duré plus de deux ans, en raison de la première décision prononcée par le Tribunal de première instance, par laquelle il s'était déclaré incompétent. Au contraire, il se justifie, comme l'a retenu à bon droit le premier juge, de modifier la contribution d'entretien dès le 1er février 2013, date correspond à la fin de validité du visa de l'intimée, et, partant, de l'enfant. Cette date est pour le surplus très proche de celle du prononcé du jugement querellé. Dans ces conditions, le Tribunal de première instance n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation, en fixant le dies a quo de la modification au 1er février 2013. Le jugement entrepris sera donc confirmé, en tant qu'il constate qu'aucune contribution d'entretien de la famille n'est due par l'appelant depuis le 1er février 2013 (ch. 7 du dispositif). En ce qui concerne la contribution à l'entretien de l'enfant, et pour tenir compte de la modification de la garde avec effet au 15 mars 2013, il se justifie de fixer le point de départ du versement de celle-ci à la même date. Le ch. 8 du dispositif du jugement sera dès lors annulé et reformulé en ce sens que l'intimée sera condamnée à verser, en mains de l'appelant, par mois et d'avance,

C/12191/2011 allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de C_____, la somme de 1'330 fr. dès le 15 mars 2013, 8. Le 28 octobre 2013, l'intimée a requis la suspension du caractère exécutoire de la décision entreprise.

Au vu du prononcé ce jour du présent arrêt, cette demande devient sans objet, de sorte que l'intimée sera déboutée de ses conclusions. 9. 9.1 Lorsque la Cour de céans statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal (art. 318 al. 3 CPC). Dans la présente affaire, le premier juge a dit qu'il n'était pas alloué de dépens. Compte tenu de l'issue du litige devant la Cour et de la nature de celui-ci, une modification de la décision déferée sur ces points ne s'impose pas. 9.2 Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombant (art. 95 et 106 1ère phrase CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106

al. 2 CPC). Le Tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 ch. c CPC). En l'espèce, les frais judiciaires de la décision seront fixés à 5'000 fr. (art. 28, 31 et 37 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, RTFMC - E 1 05.10), partiellement compensés par les avances de frais versées par les parties, acquises à l'Etat (art. 11 CPC). Vu l'issue du litige, ils seront mis à charge de l'appelant à raison d'un quart et de l'intimée pour trois quarts. L'appelant ayant versé 500 fr., il sera condamné à payer 750 fr. à l'Etat de Genève. Quant à l'intimée, elle devra régler 2'550 fr., compte tenu des avances de 1'000 fr. et de 200 fr. qu'elle a versées. Pour le surplus, chaque partie assumera ses propres dépens. 10. 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 contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF). * * * * *

- 41/42 -

C/12191/2011 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/4126/2013 rendu le 15 mars 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12191/2011-5. Déclare irrecevable l'appel interjeté par B_____ ainsi que les pièces produites. Déclare irrecevables les pièces déposées les 26 septembre 2013 par A_____, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant. Déclare irrecevables les faits nouveaux invoqués par A_____ les 28 et 30 octobre 2013. Au fond : Annule le ch. 8 de ce jugement. Cela fait et statuant à nouveau : Condamne B_____ à verser, en mains de A_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de C_____, la somme de 1'330 fr. dès le 15 mars 2013. Confirme le jugement pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires à 5'000 fr., partiellement compensés avec les avances de frais fournies par A_____ et B_____, acquises à l'Etat. Les met à charge de A_____, à raison d'un quart, et de B_____, à raison de trois quarts. Condamne A_____ à verser 750 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire. Condamne B_____ à verser 2'550 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire. Dit que chaque partie supporte ses dépens d'appel.

- 42/42 -

C/12191/2011 Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY- BARTHE et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

La présidente : Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière : Barbara SPECKER

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.