

## **GE\_GERICHTE ACJC/1487/2014 vom 12. Dezember 2014**

GE Cour de justice, 2014-12-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1487\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1487_2014)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1487/2014 du 12 décembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1487/2014 del 12 dicembre 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

L'appel est dirigé contre une ordonnance sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), sans valeur patrimoniale dès lors qu'elle concerne le droit de visite de l'appelant et des mesures de protection des enfants (art. 308 al. 2 CPC a contrario). L'appel a été au surplus introduit dans les dix jours à compter de la notification de la décision attaquée, la présente cause étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Il est ainsi recevable.

#### **E. 1.2**

La Cour revoit la cause en fait et en droit (art. 310 CPC) et les maximes inquisitoire et d'office illimitées s'appliquent en ce qui concerne les enfants mineurs (art. 272 et 296 al. 1 CPC).

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 (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_31/2014 du 11 juillet 2014 consid. 3.3 et les références citées).

- 16/23 -

C/14365/2010

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve, la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

#### **E. 2.1**

La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des pièces produites en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2ème éd., 2013, 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 les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, dans lesquelles les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous les

novas (arrêts publiés ACJC/480/2014 du 11 avril 2014 consid. 1.4; ACJC/473/2014 du 11 avril 2014 consid. 2.1; ACJC/384/2014 du 28 mars 2014 consid. 1.3.2).

## **E. 2.2**

Au vu des règles rappelées ci-dessus, les pièces nouvellement produites par les parties sont recevables.

## **E. 3.1**

Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, sur la base des dispositions régissant la protection de l'union conjugale, applicables par analogie (art. 276 al. 1 CPC).

Selon l'art. 179 al. 1 1<sup>ère</sup> phr. CC, à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et lève les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

La modification des mesures provisionnelles ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont, par la suite, pas réalisés comme prévus (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_15/2014 du 28 juillet 2014 consid. 3 et les références citées).

Cette norme exige un fait nouveau et l'action en modification ne doit pas aboutir à recommencer la procédure de mesures provisionnelles; il faut au contraire un changement notable des circonstances qui impose impérativement, pour le bien de l'enfant, une modification de la réglementation adoptée dans le précédent jugement. Cependant, cela ne signifie pas que la modification de la réglemen-

- 17/23 -

C/14365/2010 tation du droit de visite doit être soumise à des exigences particulièrement strictes. Il suffit que le pronostic du premier juge sur les effets des relations personnelles entre le parent auquel la garde n'a pas été confiée et l'enfant se révèle erroné, et que le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant. Ainsi, il faut surtout garder à l'esprit que le fait nouveau est important et suffisant pour modifier le jugement lorsqu'un tel changement apparaît comme nécessaire pour répondre au bien de l'enfant (ATF 111 II 405 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_401/2014 du 18 août 2014 consid. 3.2.1 et les références citées).

Si le juge admet l'existence d'un fait nouveau, et décide donc d'entrer en matière sur la requête en modification, les dispositions relatives aux effets de la filiation s'appliquent (cf. art. 176 al. 2 CC), à savoir l'art. 273 CC pour le principe des relations personnelles et l'art. 274 CC pour les limites de celles-ci (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_401/2014 du 18 août 2014 consid. 3.2.1).

### **E. 3.1.1**

Aux termes de l'art. 2 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi (al. 1) et l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (al. 2). Selon l'art. 52 CPC, quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi.

### **E. 3.1.2**

Selon l'art. 152 al. 2 CPC, le juge ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_294/2013 du 11 décembre 2013 consid. 3.1 et les références citées). La preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_294/2013 du 11 décembre 2013 consid. 3.1 et les références citées).

Lorsque le bien-être d'un enfant est en cause, la doctrine considère qu'il se justifie de faire usage d'enregistrements de conversations privées prises en violation des art. 179bis et 179ter CP (SCHWEIZER, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 22 ad art. 152 CPC; SCHMID, Kurzkomentar ZPO, OBERHAMMER [éd.], 2ème éd., 2014, n. 15 ad art. 152 CPC; HOHL, Procédure civile, 2001, p. 215 no 1120).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'enregistrement en cause, réalisé à l'insu de l'experte et de C\_\_\_\_\_, a été obtenu de manière illicite par l'intimée. Toutefois, au regard de son importance dans l'appréciation du droit de visite du père envers sa fille et du

- 18/23 -

C/14365/2010 bien-être de cette dernière, voire de sa protection, il se justifie d'admettre ce moyen de preuve.

L'enregistrement du 26 février 2013 n'est pas un fait nouveau en ce sens qu'il existait avant l'élargissement du droit de visite requis et obtenu par l'appelant par ordonnance du 19 septembre 2013 (OTPI/1286/2013) et par arrêt de la Cour du

### **E. 7**

L'appelant demande à pouvoir rattraper ses jours de visite annulés par l'intimée. Il expose en outre dans sa réplique que le calendrier du droit de visite dressé par la curatrice lui réserve moins de journées que celles résultant de l'ordonnance entreprise.

L'intimée soutient que l'appelant s'est désisté à plusieurs reprises de l'exercice de son droit de visite.

#### **E. 7.1**

Lorsqu'une procédure est déjà pendante devant lui, le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale (art. 275 al. 2 CC) prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge l'autorité de protection de l'enfant de leur exécution (art. 315a al. 1 CC).

Il appartient au curateur d'organiser les modalités pratiques du droit de visite (fixation d'un calendrier, arrangements liés aux vacances, lieu et moment de l'accueil de l'enfant, garde-robe à fournir à l'enfant, rattrapage des jours tombés ou modification mineure des horaires fixés en fonction des circonstances du cas (MEIER/STETTLER, Droit de la

filiation, 5ème éd., 2014, p. 844, n° 1287).

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de la compensation des jours de visite manqués. S'appuyant sur la doctrine, il a exposé que le but du droit aux relations personnelles ne devait pas être compromis et que les jours manqués pour des motifs inhérents au détenteur de la garde devaient en principe être repris. Il convenait toutefois d'éviter une accumulation de jours qui pouvait être préjudiciable à l'enfant et lui assurer des contacts appropriés avec l'autre parent (arrêt du Tribunal fédéral 5P.10/2002 du 16 juillet 2002 consid. 2 et les références citées in : FamPra.ch 2002 p. 834 s.).

### **E. 7.2**

En l'espèce, la Cour a défini le droit de visite de l'appelant sur ses enfants et il incombe à la curatrice mandatée en application du ch. 5 du dispositif de l'ordonnance du 19 septembre 2013 de fixer les modalités des rencontres, lesquelles doivent être appliquées par les parents. En tant que l'appel n'est pas dirigé contre une décision de la curatrice, il est irrecevable sur ce point. L'appelant devra aborder cette problématique avec la curatrice (cf. OTPI/1286/2013, C/14365/2010-21, confirmée par l'arrêt de la Cour du 7 février 2014, ACJC/189/2014).

- 22/23 -

C/14365/2010

### **E. 8**

L'appelant se plaint de ne pas pouvoir communiquer par téléphone avec ses enfants.

#### **E. 8.1**

En cette matière également, c'est le bien de l'enfant qui est déterminant (cf. par analogie l'ATF 131 III 209 = JdT 2005 I 201, en relation avec le droit de visite).

#### **E. 8.2**

En l'espèce, il résulte du courrier de l'appelant au SPMi du 8 août 2012 qu'il estimait devoir renoncer aux contacts téléphoniques avec ses enfants en raison des fortes tensions avec l'intimée et des perturbations potentiellement dommageables pour ses enfants.

Le suivi thérapeutique nouvellement entrepris par les parties devrait leur permettre de prendre du recul et de comprendre la nécessité pour leurs enfants de renouer avec un dialogue parental dans de bonnes conditions, compte tenu du conflit aigu divisant les parents. La mise en œuvre de ces contacts téléphoniques est en l'état prématurée. Les conditions évoquées par l'appelant lui-même à la reprise des contacts téléphoniques ne sont d'ailleurs pas réunies.

L'appel n'est, dès lors, pas fondé sur ce point.

### **E. 9**

La Cour statue sur les frais judiciaires et les répartit d'office (art. 104 et 105 CPC). Ces frais sont en règle générale mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Toutefois, lorsque le litige relève du droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales sur la répartition des frais (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Les frais judiciaires d'appel sont fixés à 1'800 fr., qui comprennent l'émolument pour statuer sur effet suspensif (200 fr.) et l'émolument de base (1'600 fr.), et compensés avec l'avance

de frais d'un montant correspondant fournie par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat (art. 96 CPC ainsi que 31 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC - E 1 05.10], art. 111 al. 1 CPC).

Vu la nature du litige, ils sont répartis par moitié entre les parties. Le montant avancé par l'appelant pour les frais judiciaires de seconde instance étant supérieur à celui dont il est finalement tenu de s'acquitter, l'intimée sera condamnée à lui restituer la somme de 900 fr. (art. 111 al. 2 CPC). Chaque partie gardera à sa charge ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC). \* \* \* \* \*

- 23/23 -

C/14365/2010 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre les ch. 1 à 3 du dispositif de l'ordonnance OTPI/983/2014 rendue le 15 juillet 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14365/2010-21. Au fond : Confirme les ch. 1 à 3 du dispositif de l'ordonnance entreprise. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'800 fr., les met à la charge des parties par moitié chacune et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais fournie par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ à restituer 900 fr. à A\_\_\_\_\_ à titre de frais judiciaires d'appel. Dit que chaque partie conserve ses propres dépens d'appel. Siégeant : Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente : Florence KRAUSKOPF

La greffière : Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

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

Les conclusions sont de nature non pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_401/2014 du 18 août 2014 consid. 1).

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