



POUVOIR JUDICIAIRE

C/20173/2020

ACJC/1022/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MERCREDI 11 AOÛT 2021**

Entre

Madame A _____, domiciliée _____[GE], appelante d'une ordonnance rendue par la 16^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 juillet 2021, comparant par Me Sandra FIVIAN, avocate, rue de l'Arquebuse 10, 1204 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B _____, domicilié _____[GE], intimé, comparant par Me Aurélie BATTIAZ GAUDARD, avocate, LBG Avocats, Galerie Jean-Malbuisson 15, case postale 1648, 1211 Genève 1, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 12 août 2021.

Vu l'ordonnance OTPI/559/2021 du 7 juillet 2021, par lequel le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a instauré une garde alternée sur l'enfant C_____, née le _____ 2015 (chiffre 1 du dispositif), dit que cette garde alternée s'exercera, à défaut d'accord contraire entre les parties, à raison d'une alternance de périodes durant lesquelles C_____ est chez son père du jeudi 18h00 au mardi matin, au retour de l'école (comprenant un week-end), puis chez sa mère du mardi après l'école au jeudi matin à l'école, puis chez son père du jeudi à 18h00 au samedi matin à 10h00, puis chez sa mère jusqu'au jeudi suivant et ainsi de suite, ainsi que la moitié des vacances scolaires chez chaque parent, à savoir en alternance chaque année, de la totalité des vacances de février, de la deuxième moitié des vacances de Pâques, de la deuxième moitié des vacances d'été et de la première semaine des vacances de Noël à l'un des parents, et de la première moitié des vacances de Pâques, de la première moitié des vacances d'été, de la totalité des vacances d'octobre et de la deuxième semaine des vacances de Noël à l'autre parent (le dernier week-end des vacances scolaires étant compris dans celles-ci) (ch. 2), dit que le domicile légal de l'enfant C_____ est fixé chez sa mère (ch. 3), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 4) et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5);

Vu l'appel formé par A_____ le 16 juillet 2021 contre l'ordonnance précitée, concluant à l'annulation de l'ordonnance entreprise et, cela fait, à ce que la Cour dise qu'il n'y a pas lieu de prononcer des mesures provisionnelles modifiant la prise en charge actuelle de l'enfant C_____, condamne B_____ en tous les frais et dépens et le déboute de toutes autres conclusions;

Que préalablement, l'appelante a conclu à la restitution de l'effet suspensif à l'appel;

Qu'elle invoque qu'un changement intermédiaire du système de prise en charge de l'enfant C_____, alors qu'il pourrait ne pas être pérenne compte tenu des conclusions divergentes des parties sur le fond, est de nature à perturber la mineure;

Que le rapport du Service de protection des mineurs du 6 octobre 2020 sur lequel s'est fondé le Tribunal pour prendre sa décision ne tient pas compte des problèmes d'hyperactivité de l'enfant découverts par la Dre D_____, neuropsychologue, ultérieurement, ni n'analyse les problèmes d'éloignement des domiciles des parents, les capacités d'accueil et de prise en charge personnelle de l'enfant par son père;

Que le bien de l'enfant commande de maintenir les choses en l'état en attendant l'issue de la procédure, des changements multiples de lieu de vie étant préjudiciables à son intérêt;

Que le maintien de la situation actuelle ne met pas en péril le bien de l'enfant, laquelle évolue de manière sereine auprès de sa mère et voit régulièrement son père;

Que B_____ a conclu au rejet de la requête de l'appelante portant sur la restitution de l'effet suspensif;

Qu'il précise que le rapport rendu par le Service de protection des mineurs est complet et tient compte de tous les éléments de la situation, à l'exception du trouble d'attention de la mineure récemment diagnostiqué, et préconise la mise en place d'une garde alternée;

Que la mise en place d'une telle garde n'est, selon lui, pas de nature à causer un préjudice difficilement réparable, ni à l'appelante, ni à la mineure, et que le changement de garde doit être instauré sans délai, afin que l'enfant puisse débiter son année scolaire avec un rythme clair.

Considérant, **EN DROIT**, que l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles (art. 315 al. 4 let. b CPC);

Que toutefois, l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC);

Que selon les principes généraux applicables en matière d'effet suspensif, le juge procèdera à une pesée des intérêts en présence et se demandera en particulier si sa décision est de nature à provoquer une situation irréversible;

Qu'en matière de garde, les changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant; que par conséquent, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait régulièrement soin de lui au moment de l'ouverture de la procédure ayant donné lieu à la décision attaquée, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence (arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2);

Que la requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi être admise, sauf si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant ou encore si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêts 5A_665 du 18 septembre 2018 consid. 4.2.1; 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.2; 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2);

Qu'en l'espèce, il n'est pas contesté par les parties que l'appelante exerce la garde de fait de l'enfant depuis la séparation des parties au printemps 2020, l'intimé exerçant un droit de visite sur l'enfant à raison d'un week-end sur deux et d'un jour par semaine;

Qu'aucune garde alternée n'est pour l'instant *de facto* mise en place;

Qu'aucun élément ne permet de considérer qu'il conviendrait de s'écarter, en l'espèce, du principe général selon lequel il convient de maintenir en l'état, durant la procédure d'appel, la manière dont la garde de l'enfant est réglée;

Que le passage d'une garde de fait exclusive en faveur de l'appelante à une garde partagée représente un changement non négligeable pour l'enfant;

Que l'intimé n'invoque, par ailleurs, aucun argument de nature à rendre vraisemblable qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'attendre l'issue de la procédure d'appel, qui devrait être relativement brève, pour qu'une garde alternée soit, le cas échéant, dans le cas où l'appel serait rejeté sur ce point, instaurée;

Que la requête tendant à suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance contestée sera dès lors admise;

Qu'il sera statué sur les frais et dépens liés à la présente décision avec la décision au fond (art. 104 al. 3 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Statuant sur requête de suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance attaquée :

Admet la requête formée par A_____ tendant à suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance OTPI/559/2021 rendu le 7 juillet 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20173/2020-16.

Dit qu'il sera statué sur les frais liés à la présente décision dans l'arrêt rendu sur le fond.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente *ad interim*; Madame Camille LESTEVEN greffière.

Indication des voies de recours :

La présente décision, incidente et de nature provisionnelle (ATF 137 III 475 consid. 1 et 2), est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; LTF - RS 173.110), les griefs pouvant être invoqués étant toutefois limités (art. 93/98 LTF), respectivement d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la décision attaquée.

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