

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/10617/2010

ACJC/718/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 7 JUIN 2013

Entre

Monsieur A_____, domicilié chemin _____, 1212 Grand-Lancy, appelant et intimé d'un jugement rendu par la 3ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 septembre 2012, comparant par Me Pierre Ochsner, avocat, quai Gustave-Ador 2, 1207 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

et

Madame B_____, domiciliée chemin _____, 1228 Plan-les-Ouates, intimée et appelante, comparant par Me Michel Celi Vegas, avocat, rue du Cendrier 12-14, case postale 1207, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10.06.2013.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 4 septembre 2012, communiqué pour notification aux parties le 24 septembre 2012, le Tribunal de première instance a statué sur la requête unilatérale en divorce introduite par B_____ le 14 mai 2010.

Ce faisant, il a dissous par le divorce le mariage contracté par les parties le 28 avril 2000 à Montreux (ch. 1 du dispositif), a attribué à B_____ la jouissance exclusive de l'appartement conjugal sis _____ à Plan-les-Ouates, avec tous les droits et obligations découlant du contrat de bail y relatif (ch. 2), ainsi que l'autorité parentale et la garde sur les enfants C_____ et D_____ (ch. 3) et a réservé à A_____ un droit de visite d'un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin, d'un soir et d'une nuit par semaine à fixer d'entente avec B_____ et de la moitié des vacances scolaires (ch. 4). Il a instauré une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite au sens de l'art. 308 al. 2 CC et a transmis la cause au Tribunal tutélaire pour qu'il désigne un curateur (ch. 5). Il a, en outre, condamné A_____ à payer en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien des enfants C_____ et D_____, un montant de 210 fr. par enfant, jusqu'à la majorité, voire au-delà si des besoins de formation l'exigent, mais jusqu'à 25 ans au plus (ch. 6), a ordonné que ces contributions d'entretien soient indexées à l'indice genevois des prix à la consommation le 1er janvier de chaque année, l'indice de référence étant celui en vigueur au jour du prononcé du jugement (ch. 7), a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle de A_____ et de B_____ accumulées pendant le mariage (ch. 8), a compensé les dépens, lesquels comprenaient, à la charge de A_____, un émolument complémentaire de 800 fr. en faveur de l'Etat (ch. 9) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10).

- B. a.** Par acte déposé le 23 octobre 2012 au greffe de la Cour de justice, A_____ a fait appel de ce jugement, dont il a conclu à l'annulation des chiffres 3, 4, 5, 6 et 10 du dispositif.

Cela fait, il a conclu à ce que la Cour lui attribue l'autorité parentale exclusive sur C_____ et D_____ ou, subsidiairement, à ce qu'elle attribue l'autorité parentale conjointe aux parties. Il a sollicité l'instauration d'une garde alternée ou, subsidiairement, l'élargissement de son droit de visite à deux jours par semaine et un week-end sur deux, s'est opposé à l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite et a demandé à la Cour d'adapter les contributions d'entretien dues à ses enfants en tenant compte de la garde alternée ou du droit de visite élargi qu'elle prononcera sur appel. Il a finalement conclu à la condamnation de B_____ à lui payer 614 fr. 45. Il a notamment indiqué qu'il

risquait de perdre le droit à une subvention étatique pour son logement, s'il ne conservait pas certains droits parentaux.

A l'appui de son appel, A_____ a produit des pièces nouvelles relatives à la prise en charge de ses enfants.

b. Dans son mémoire de réponse du 7 décembre 2012, B_____ a conclu à ce que la Cour déboute A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et de dépens. Elle a formé en sus un appel joint contre ce jugement, concluant à l'annulation du chiffre 6 de son dispositif et, cela fait, à la condamnation de A_____ à lui payer, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, un montant de 600 fr. par enfant, à titre de contribution d'entretien.

Elle a produit également des pièces nouvelles relatives à la prise en charge des enfants et à certains frais dentaires.

c. Dans leurs observations subséquentes, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

C. La Cour retient les faits pertinents suivants sur la base du dossier qui lui est soumis :

a. A_____, né le _____ 1962 à Genève, de nationalité suisse, et B_____, née le _____ 1976 à Cali (Colombie), de nationalité colombienne, se sont mariés le _____ 2000 à Montreux (Vaud).

De leur union sont nés deux enfants, C_____, le _____ 2000 à Genève, et D_____, le _____ 2001 à Genève.

Chaque époux est le parent d'un enfant majeur né d'une précédente union et vivant avec lui.

b. Après une période difficile pour le couple, durant laquelle B_____ a déposé une plainte pénale contre son époux à la suite de laquelle ce dernier a été condamné pour voies de fait sur la personne de son épouse (P/_____/_____), les parties ont mis un terme à leur vie commune le 16 août 2008.

B_____ a conservé le domicile conjugal de six pièces qui se situe à proximité de l'école des enfants, qu'elle partage désormais avec son nouveau compagnon. A_____ a pris à bail un appartement de six pièces situé à proximité.

Depuis la séparation, les enfants des parties partagent leur temps entre le domicile de leurs parents, demeurant en principe du lundi midi au mercredi soir chez l'un et du mercredi soir au vendredi après l'école chez l'autre parent, ainsi qu'un week-end sur deux en alternance.

Les enfants entretiennent des liens forts, tant avec leur père qu'avec leur mère. Leur père les emmène notamment aux nombreuses activités extrascolaires qu'ils pratiquent durant la semaine et le week-end, assiste parfois aux compétitions sportives et les aide à faire leurs devoirs. Leur mère leur accorde elle aussi beaucoup d'attention et est très disponible pour eux.

c. Le 14 mai 2010, B_____ a déposé une demande unilatérale en divorce avec requête de mesures provisoires devant le Tribunal de première instance. A titre provisoire, elle a conclu notamment à ce que la garde des enfants lui soit confiée et à ce que son époux soit condamné à lui verser une contribution d'entretien mensuelle de 700 fr. par enfant, allocations familiales non comprises.

Les parties sont toutefois parvenues à un accord extrajudiciaire, le 15 octobre 2010, à teneur duquel la garde devait être alternée et l'autorité parentale conjointe entre les parents. Le Tribunal les a invitées à lui faire parvenir une convention réglant également la prise en charge financière des enfants et le domicile légal de ceux-ci, points sur lesquels un désaccord subsistait, afin de pouvoir prononcer la garde partagée.

Le 21 octobre 2010, le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) a rendu un rapport d'évaluation sociale, dans lequel il préconise le maintien de l'autorité parentale conjointe et l'instauration d'une garde alternée.

Par courrier du 14 janvier 2011, B_____ a cependant informé le Tribunal qu'aucun accord n'avait pu être trouvé entre les parties sur les questions litigieuses et a conclu à ce que la garde des enfants lui soit attribuée.

d. Par jugement du 23 novembre 2011, le Tribunal a, sur mesures provisoires, attribué la garde des enfants à leur mère et a réservé au père un droit de visite d'un jour par semaine, à définir d'entente entre les parties, d'un week-end sur deux ainsi que de la moitié des vacances scolaires et l'a condamné à payer une contribution d'entretien en faveur de la famille de 800 fr. par mois. En substance, le Tribunal a considéré que le refus de la mère d'instaurer une garde alternée s'opposait à ce mode de garde. Il a dès lors attribué la garde à la mère au motif que les enfants passaient déjà plus de temps chez elle que chez leur père et qu'elle était plus disponible pour s'occuper personnellement des enfants, dès lors qu'elle était au chômage et que son époux cumulait une activité dépendante à plein temps et à une activité d'indépendant.

e. Par acte expédié le 9 décembre 2011, A_____ a formé un appel contre ce jugement devant la Cour de justice, concluant, principalement, à ce que la vie séparée soit organisée selon les conventions passées entre les parties, subsidiairement, au maintien de la garde alternée, chaque parent supportant la moitié des frais des enfants. Alternativement, il a réclamé la garde des enfants, un

large droit de visite en faveur de son épouse étant réservé, ainsi que la fixation d'une contribution à l'entretien des enfants équitable, d'au moins 200 fr. par mois.

La Cour a procédé à l'audition des enfants, puis à l'audition des parties.

Par arrêt ACJC/_____/_____ du 11 mai 2012, elle a confirmé le jugement attaqué, sauf en ce qui concernait la contribution d'entretien en faveur de la famille qu'elle a fixée à 600 fr. par mois, allocations familiales non comprises, à partir du 1^{er} janvier 2012.

f. Contre cet arrêt, A_____ a interjeté, le 18 juin 2012, un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant principalement au renvoi de la cause à l'instance cantonale, au motif qu'elle n'avait pas nommé de curateur aux enfants pour faire valoir leurs droits. Subsidiairement, il a conclu à la réforme de l'arrêt attaqué, sollicitant que la garde des enfants lui soit accordée et un large droit de visite réservé à leur mère, en fonction de sa disponibilité et des besoins des enfants. Encore plus subsidiairement, il a conclu à la réforme de l'arrêt attaqué, afin que la contribution d'entretien soit réduite et ne soit versée qu'à partir de l'entrée en force de l'arrêt du tribunal fédéral. Il n'a toutefois pas chiffré cette conclusion.

Par ordonnance du 3 juillet 2012, le Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif du père en tant qu'elle visait l'attribution de la garde à la mère et l'a admise pour les contributions d'entretien jusqu'en mai 2012.

g. Par arrêt _____ du _____ 2012, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de A_____, dans la très faible mesure de sa recevabilité. Rappelant sa jurisprudence en la matière, le Tribunal fédéral a expliqué que lorsque les enfants ont une bonne relation avec leurs deux parents et que tant la mère que le père sont capables d'éduquer leurs enfants, le juge doit donner une importance prépondérante aux critères de la disponibilité et de la stabilité des parents, même si l'attribution de la garde reposant sur ces critères ne correspond pas au souhait des enfants; en outre, l'instauration d'un droit de garde conjoint nécessite l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté et qu'il n'est pas possible de contourner cette condition en accordant un large droit de visite au conjoint ne bénéficiant pas de la garde (arrêt _____ du _____ et les références). Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la Cour, jugeant qu'il n'était pas arbitraire d'attribuer, en l'espèce, l'autorité parentale et la garde des enfants à B_____.

h. Il ressort de l'instruction de la cause que A_____ travaille à plein temps pour la société E_____ Sàrl, en qualité de fiduciaire, pour un salaire mensuel net moyen de 3'804 fr. 40. Il a récemment arrêté son activité accessoire indépendante

de courtier en assurance, après avoir réalisé un revenu annuel net de 2'310 fr. en 2011, de 5'276 fr. en 2010, de 3'327 fr. en 2009 et de 331 fr. en 2008.

Ses charges mensuelles incompressibles, non contestées en appel, se composent du montant de base selon les Normes d'insaisissabilité de 1'200 fr., de son loyer de 1'695 fr. (réduction du loyer de 2'260 fr. qui est excessif), de ses primes d'assurance-maladie de 315 fr. (subside déduit), de frais de transports publics de 70 fr. et d'impôts de 25 fr., soit un total de 3'305 fr. par mois.

i. B_____ a travaillé en qualité de vendeuse pour l'entreprise F_____ Sàrl jusqu'en avril 2011 pour un salaire mensuel net de 3'850 fr., auquel s'ajoutait une prime annuelle de 1'000 fr. Elle est depuis lors sans emploi et a bénéficié d'indemnités de chômage de 2'841 fr. 75 par mois à compter du mois de mai 2011 et d'une aide de l'Hospice général. Le premier juge a considéré - sans que cela ne soit remis en cause - qu'elle était désormais en mesure de reprendre une activité lucrative et de réaliser ainsi un revenu mensuel net de 4'000 fr.

Ses charges mensuelles incompressibles, dont le montant n'est pas contesté en appel, s'élèvent à 2'480 fr. et se composent d'un montant de base selon les Normes d'insaisissabilité de 1'350 fr., d'un loyer de 765 fr., d'une prime d'assurance-maladie de 295 fr. (subside déduit) et de frais de transports publics de 70 fr.

j. Les charges incompressibles des enfants C_____ et D_____ s'élèvent à 425 fr. par mois et par enfant, déduction faite des allocations familiales (soit le montant de base selon les Normes d'insaisissabilité de 600 fr., les frais de transports publics de 45 fr., les primes d'assurance-maladie sont entièrement payés par les subsides de l'Etat, et les frais extrascolaires de 80 fr. - 300 fr. d'allocations familiales).

k. Les enfants ont été auditionnés par le SPMi et par la Cour de justice dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles et ont indiqué qu'ils souhaitaient que leur garde soit partagée entre leur mère et leur père.

D. L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile.

Par souci de clarté, A_____ sera désigné ci-après "l'appelant" et B_____ "l'intimée".

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales et dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

La cause concernant principalement le sort d'un enfant, et les questions patrimoniales y relatives est de nature non pécuniaire dans son ensemble (cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_814/2012 du 8 mars 2013 consid. 1 et les références citées).

Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

La partie adverse peut former un appel joint dans le délai de trente jours pour déposer sa réponse (art. 312 et 313 al. 1 CPC).

Formés en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 311 al. 1 et 313 CPC), l'appel et l'appel joint sont recevables.

- 1.2** L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

S'agissant du sort d'un enfant mineur et de la contribution d'entretien due à celui-ci, les maximes inquisitoire illimitée et d'office régissent la procédure (art. 296, 55 al. 2 et 58 al. 2 CPC). La Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

- 1.3** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération devant la Cour que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a), respectivement s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la disposition précitée régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des allégations et offres de preuves nouvelles en seconde instance (ATF 138 III 625 consid. 2.1 et 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2012 du 1er octobre 2012 consid. 2.1), y compris lorsque le juge est tenu d'établir les faits d'office (ATF 138 III 625 consid. 2.2). La question de savoir si cette norme trouve également une application stricte dans les causes de droit de la famille soumises aux maximes d'office et inquisitoire illimitée n'a, en revanche, pas été tranchée. La Cour de céans persistera donc à admettre tous les nova dans les procédures matrimoniales se rapportant aux enfants mineurs (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, publié *in* JdT 2010 III p. 115 ss, 139).

En l'espèce, compte tenu du fait que la présente cause de droit matrimonial concerne deux enfants mineurs, les pièces nouvelles produites par les parties sont recevables.

2. L'appelant remet en cause l'attribution de l'autorité parentale et de la garde des enfants à l'intimée ainsi que la fixation des modalités d'exercice du droit de visite (ch. 3 et 4 du dispositif).

2.1 A teneur de l'art. 133 al. 1 CC, le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent. Lorsqu'il attribue l'autorité parentale et règle les relations personnelles, le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant (art. 133 al. 2 CC).

L'art. 133 al. 3 CC prévoit, comme une exception au principe de l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents (art. 133 al. 1 CC), que sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci. Ainsi, même dans le cas où les parents requièrent conjointement le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce et soumettent à la ratification du juge une convention prévoyant un droit de garde conjoint, l'admissibilité d'un tel accord doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école, la capacité de coopération des parents (arrêt du Tribunal fédéral 5A_540/2011 du 30 mars 2012 consid. 3.1).

Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral s'est posé la question de savoir si la seule absence de consentement des deux parents au maintien de l'autorité parentale conjointe était suffisante pour refuser l'exercice en commun de l'autorité parentale et s'est interrogé sur la compatibilité de l'art. 133 al. 3 CC avec les art. 8 et 14 CEDH. Il a toutefois laissé la question indécise, dès lors que l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde avait dans ce cas été déterminée au regard de l'intérêt des enfants, en tenant compte de toutes les circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 5A_779/2012 du 11 janvier 2013 consid. 4.2).

Le législateur suisse a décidé de réviser le droit en vigueur afin de faire de l'autorité parentale conjointe la règle, en cas de divorce notamment. Le bien de l'enfant est au centre de cette révision. L'attribution de l'autorité parentale à un

seul parent ne sera plus prononcée que si la protection des intérêts de l'enfant l'exige (cf. Message concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale) du 16 novembre 2011, FF 2011 8315). Cette révision, adoptée par les deux chambres du Parlement, mais pas encore entrée en vigueur, prévoit que l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère (art. 296 al. 1 du projet de CC) et que le juge qui statue dans une procédure de divorce confie à l'un des parents l'autorité parentale exclusive si la sauvegarde des intérêts de l'enfant le commande (art. 296, 298 al. 1 du projet).

S'agissant du droit de garde, le projet s'abstient en revanche d'imposer aux parents exerçant l'autorité parentale conjointe un modèle particulier de répartition des rôles. Un parent ne peut donc pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps. A titre d'exemple, on ne décidera d'une garde alternée (ou partagée) que si celle-ci est la meilleure solution pour le bien de l'enfant (cf. Message précité, p. 8331).

L'instauration d'une garde alternée présuppose toujours l'accord des deux parents, y compris sur l'aspect financier de la prise en charge des enfants, et une grande faculté de coopération entre les parents (ATF 123 III 445 consid. 3c; Message précité, p. 8331); elle ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté (arrêts du Tribunal fédéral 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1; 5A_645/2008 du 27 août 2009 consid. 6). Indépendamment de l'accord des père et mère sur ce point, l'admissibilité d'une garde conjointe doit être appréciée à l'aune du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances, telles que, en particulier, la capacité de coopération et de communication des parents (arrêt du Tribunal fédéral 5A_645/2008 précité, consid. 6).

Dans le domaine de l'attribution de la garde ainsi que du règlement des relations personnelles avec le parent non gardien, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC (ATF 122 III 404 consid. 3d).

2.2 En l'occurrence, les parties ne se sont pas mises d'accord sur les questions relatives à leurs enfants, notamment quant à l'autorité parentale, la garde et la prise en charge financière de ceux-ci.

En l'état actuel du droit, l'autorité parentale conjointe et la garde alternée présupposent l'accord des deux parents et elles ne peuvent être imposées à l'un d'eux contre sa volonté. Dans tous les cas, l'intérêt et le bien des enfants sont déterminants pour attribuer ces droits. Il s'agit donc d'examiner si le jugement querellé, confiant ces droits à l'intimée, est conforme à l'intérêt et au bien des enfants.

-
3. **3.1** Le juge qui est tenu d'attribuer l'autorité parentale à l'un des parents, tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant (art. 133 al. 2 CC).

Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, 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. Lorsque les enfants ont une bonne relation avec leurs deux parents et que tant la mère que le père sont capables d'éduquer leurs enfants, le juge doit donner une importance prépondérante aux critères de la disponibilité et de la stabilité des parents, même si l'attribution de la garde reposant sur ces critères ne correspond pas au souhait des enfants (cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 5.2.1; 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 2.1.3; 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 consid. 3.4 et 3.5 publié *in* FamPra.ch 2006 p. 469; 5P.14/2004 du 23 février 2004 consid. 3.1 publié *in* FamPra.ch 2005 p. 155).

3.2 En l'espèce, les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires et chacun d'eux entretient de très bonnes relations avec les enfants.

Les enfants ont été auditionnés par le SPMi et par la Cour de justice dans le cadre de la procédure de mesures provisoires et ont indiqué qu'ils souhaitaient que leur garde soit partagée entre leur mère et leur père.

Cela étant, les parents ne sont pas parvenus à s'accorder sur les modalités de la garde qui, selon l'intimée, lui ont été imposées par l'appelant depuis leur séparation. L'intimée a, en revanche, toujours favorisé le maintien des relations personnelles entre l'appelant et ses enfants, ce qui a permis dans les faits l'instauration d'un temps de garde équivalent entre les parents. Aujourd'hui, les parties se disputent encore l'autorité parentale et la garde des enfants et revendiquent chacun une prise en charge financière de l'autre. Au vu du déroulement de la présente procédure et des nombreux recours dont elle a fait l'objet, force est également de constater que les parties sont incapables de s'entendre et de privilégier l'intérêt de leurs enfants sur ces points, de sorte qu'il est nécessaire d'attribuer l'autorité parentale et la garde à l'un d'eux exclusivement et de fixer un droit de visite compatible avec l'intérêt des enfants, en faveur de l'autre.

S'agissant du critère de la disponibilité telle qu'exposé dans la jurisprudence précitée et des circonstances du cas d'espèce, il sied de relever qu'étant sans emploi depuis 2011, l'intimée dispose de plus de temps à domicile avec ses

enfants que l'appelant. Ce dernier s'occupe également beaucoup d'eux, notamment en les emmenant aux nombreuses activités extrascolaires qu'ils pratiquent durant la semaine et le week-end et en les aidant à faire leurs devoirs. Il n'en demeure pas moins que l'intimée accorde elle aussi beaucoup de temps et d'attention aux enfants et leur offre une grande disponibilité. Il est, par ailleurs, établi que ceux-ci entretiennent des liens forts, tant avec leur père qu'avec leur mère, raison pour laquelle le premier juge, comme les instances ayant statué dans cette cause avant lui, a considéré qu'il était conforme à leur intérêt d'attribuer l'autorité parentale et la garde à leur mère et de réserver un large droit de visite à leur père. Ce faisant, il a pris en compte le désir des enfants de partager beaucoup de temps avec leur mère et leur père.

Dans ces circonstances, la décision du premier juge, qui est conforme à l'intérêt des enfants, n'est pas critiquable.

Par ailleurs, l'intérêt des enfants étant déterminant en l'espèce, l'éventuelle perte d'un droit à une subvention étatique pour son logement, telle qu'alléguée par l'appelant, ne saurait influencer l'attribution des droits parentaux.

Le jugement querellé sera donc confirmé sur ce point.

4. Reste ensuite à déterminer si le droit de visite de l'appelant sur ses enfants et les modalités de celui-ci sont conformes à l'intérêt de ces derniers ou s'ils doivent être étendus conformément à la conclusion de l'appelant en appel.

4.1 Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC (auquel renvoie l'art. 133 al. 2 CC), le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Le droit aux relations personnelles est conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci. Il est également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 5A_663/2012 du 12 mars 2013 consid. 4.1).

Lorsqu'un droit de garde conjoint ne peut être prononcé, faute d'accord des parents, il n'est pas possible de contourner cette condition en accordant un large droit de visite au conjoint ne bénéficiant pas de la garde (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 5.2.1 et les références citées).

4.2 Le premier juge a instauré un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, d'un soir et d'une nuit par semaine et de la moitié des vacances scolaires. Cela représente un droit de visite d'en moyenne deux jours et trois nuits par semaine, en sus de la moitié des vacances scolaires. L'appelant sollicite deux jours par semaine et un week-end sur deux, soit en moyenne trois jours par semaine.

Le droit de visite fixé par le premier juge est plus large que ce qui est usuellement accordé au parent non gardien. Cependant, un droit de visite de deux jours et une nuit par semaine, en sus d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, paraît en l'espèce mieux répondre aux souhaits des enfants, être conforme à leur intérêt et propre à favoriser la stabilité nécessaire à leur développement.

Le jugement sera dès lors modifié sur ce point.

5. L'appelant conteste la mesure de curatelle prononcée par le premier juge. L'intimée demande pour sa part la confirmation du jugement querellé sur ce point également.

5.1 La curatelle de surveillance prévue à l'art. 308 al. 2 CC fait partie des modalités auxquelles peut être soumis le droit de visite. Le rôle du curateur est, dans ce cas, proche de celui d'un intermédiaire et d'un négociateur. Ce dernier n'a pas le pouvoir de décider lui-même de la réglementation du droit de visite, mais le juge peut lui confier le soin d'organiser les modalités pratiques de ce droit dans le cadre qu'il aura préalablement déterminé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_101/2011 du 7 juin 2011 consid. 3.1.4).

Un droit de visite surveillé peut être ordonné même en l'absence d'une mise en danger de l'enfant, par exemple en cas d'inexpérience d'un parent quant à la prise en charge d'un jeune enfant afin de renforcer progressivement la relation entre le parent et l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_586/2012 du 12 décembre 2012 consid. 4.2 et 4.3).

L'institution d'une curatelle destinée à la surveillance du droit de visite, selon l'art. 308 al. 2 CC, est particulièrement indiquée en cas de divorce ou de séparation. Dans ces situations en effet, un des époux, par la force des choses, peut perdre l'autorité parentale sur les enfants et il subsiste très souvent une situation de conflit avec le conjoint. Une curatelle éducative pour la surveillance des relations personnelles devrait toujours être instituée quand il existe un grave danger que des difficultés surgissent dans l'exercice du droit de visite de la part de l'époux auquel l'autorité parentale n'a pas été confiée. Il y a avant tout lieu d'ordonner cette mesure lorsque de telles difficultés ont déjà été rencontrées durant le procès en divorce (ATF 108 II 372, JdT 1984 I 612 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_793/2010 du 14 novembre 2011 consid. 5.1; 5A_840/2010 du 31 mai 2011 consid. 3.1.1 et 3.1.2).

L'autorité qui ordonne une mesure de protection de l'enfant dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; arrêts du Tribunal fédéral 5A_840/2010 précité consid. 3.1.2; 5A_656/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3).

5.2 Le premier juge a considéré que le droit de visite ne s'exerçait pas sans difficultés et devait être assorti d'une curatelle de surveillance et d'organisation au sens de l'art. 308 al. 2 CC.

Les parties s'opposent en effet depuis de nombreuses années sur la question de la garde des enfants et ont ainsi multiplié les procédures judiciaires. Eu égard à leur relation particulièrement conflictuelle, les parties n'apparaissent pas capables de se mettre d'accord à l'avenir sur les modalités d'exercice du droit de visite et de trouver un consensus en la matière.

Le droit de visite fixé dans le présent arrêt, de deux jours par semaine, d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires, nécessitera pourtant une planification et une organisation nouvelle, qu'un curateur sera mieux à même de concevoir et de mettre en place, en établissant par exemple un calendrier des visites et des vacances avec l'aide des parties. La curatelle prononcée par le premier juge pourra ensuite être levée lorsque l'exercice du droit de visite se fera sans heurt.

Le jugement sera en conséquence confirmé sur ce point également.

- 6.** Les parties contestent en outre le montant de la contribution à l'entretien des enfants fixée par le premier juge à 210 fr. par mois et par enfant (ch. 6 du dispositif).

6.1 A teneur de l'art. 276 al. 1 et 2 CC, les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger. L'entretien 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.

Conformément à l'art. 285 al. 1 CC, auquel l'art. 133 al. 1 CC renvoie, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant, ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier. Ces différents critères doivent être pris en considération; ils exercent une influence réciproque les uns sur les autres. Ainsi, les besoins de l'enfant doivent être examinés en relation 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. La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien; sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_234/2011 du 21 novembre 2011 consid. 4.4.1 et 4.4.2).

6.2 En l'occurrence, l'appelant perçoit des revenus de 3'804 fr. net par mois et supporte des charges mensuelles incompressibles de 3'305 fr. Il bénéficie donc d'un solde mensuel disponible d'environ 500 fr.

L'on ne saurait lui reprocher d'avoir abandonné son activité indépendante de courtier en assurance, dès qu'il occupe déjà un poste de salarié à plein temps, privilégiant ainsi ses enfants à ses activités professionnelles en contrepartie d'une perte de revenu minime d'environ 200 fr. par mois. Aucun revenu hypothétique ne peut lui être imputé.

Les charges de chaque enfant s'élèvent à 425 fr. par mois, après déduction des subsides et des allocations familiales auxquels ils ont droit.

L'intimée ne conteste pas être en mesure de réaliser un revenu mensuel net de 4'000 fr. et supporte des charges mensuelles incompressibles de 2'480 fr. Son solde mensuel disponible est ainsi de 1'520 fr.

Compte tenu de l'attribution de la garde des enfants à l'intimée, du large droit de visite réservé à l'appelant et de la situation financière de chacun d'entre eux, l'intimée bénéficiant d'un solde disponible de 1'520 fr. par mois et l'appelant de 500 fr. par mois, il se justifie que chaque parent assume l'entretien des enfants par les soins et l'éducation durant l'exercice de la garde, respectivement, du droit de visite ainsi que par des prestations pécuniaires.

Ainsi au regard des situations respectives des parties, chaque parent devra assumer la moitié des coûts d'entretien des enfants, soit 210 fr. par enfant et par mois, les allocations familiales revenant cependant à l'intimée pour le paiement des frais courants.

Le jugement est exempt de critique à cet égard et sera donc confirmé.

- 7.** L'appelant sollicite enfin que la Cour condamne l'intimée à lui verser un montant de 614 fr. 45 pour des frais médicaux qu'il aurait payés et dont la moitié incombait à l'intimée.

Il avait sollicité à cet égard 555 fr. en première instance. Cependant l'intimée a contesté lui devoir quoi que ce soit, dès lors qu'elle a elle-même payé l'intégralité des frais médicaux y relatifs.

L'instruction de la cause n'a pas permis d'établir qui avait effectivement pris en charge ces frais, ou partie de ceux-ci, de sorte que la conclusion en paiement de l'appelant est infondée et sera rejetée (art. 8 CC).

- 8.** **8.1** 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 cause, le premier juge a compensé les dépens entre les parties et mis à la charge de l'appelant un émolument complémentaire de 800 fr. en faveur de l'Etat.

Compte tenu l'issue du litige devant la Cour et du fait que celui-ci relève du droit de la famille, une modification de la décision déferée sur ces aspects ne s'impose pas.

8.2 Aucune des parties n'ayant obtenu entièrement gain de cause en appel, les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., seront répartis à parts égales entre elles (art. 95 al. 1 let. a, 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 2 CPC; art. 37 et 31 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10). Ils seront partiellement compensés avec l'avance de frais de 1'000 fr. versée par l'appelant.

L'intimée étant au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la présente procédure d'appel, sa part des frais sera provisoirement laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b et 123 CPC; art. 19 RAJ - E 2 05.04).

Le litige relevant du droit de la famille, chaque partie conservera à sa charge ses propres dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevables l'appel et l'appel joint interjetés par B_____ et par A_____ contre les chiffres 3, 4, 5, 6 et 10 du dispositif du jugement JTPI/12240/2012 rendu le 4 septembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10617/2010-3.

Au fond :

Annule le chiffre 4 du dispositif attaqué et, statuant à nouveau :

4. Réserve à A_____ un droit de visite sur les enfants C_____ et D_____ de deux jours et une nuit par semaine à fixer d'entente avec B_____, d'un week-end sur deux du vendredi soir, sortie de l'école, au lundi matin, retour à l'école, et de la moitié des vacances scolaires.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr. et dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais de 1'000 fr. versée par A_____, laquelle reste acquise à l'Etat.

Les met à charge de B_____ et de A_____ à parts égales entre eux.

Dit que la part de B_____ est laissée provisoirement à la charge de l'Etat.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Grégory BOVEY et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

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.

Pas de valeur litigieuse des conclusions au sens de la LTF.