



POUVOIR JUDICIAIRE

C/22500/2020

ACJC/575/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 10 MAI 2021**

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 3 décembre 2020, comparant par Me Stéphane Rey, avocat, rue Michel-Chauvet 3, case postale 477, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Sandra Fivian, avocate, rue de l'Arquebuse 10, 1204 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 mai 2021.

EN FAIT

A. a. A_____, née le _____ 1986, et B_____, né le _____ 1980, tous deux de nationalité suisse, ont contracté mariage le _____ 2007 à Genève.

b. De leur union sont issus C_____, né le _____ 2008, et D_____, née le _____ 2013.

c. Par jugement non motivé JTPI/10747/2019 du 26 juillet 2019, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale et d'accord entre les parties, a autorisé les époux à vivre séparés (chiffre 1 du dispositif), attribué la jouissance du domicile conjugal sis au E_____ (GE) à l'époux en donnant acte à l'épouse de son engagement à le quitter au 31 décembre 2019 (ch. 2 et 3), instauré une garde alternée sur les enfants à exercer, une fois que l'épouse aurait déménagé, à raison d'une semaine sur deux (ch. 4) et donné acte aux parties de leur engagement à se partager par moitié les frais d'entretien des enfants une fois que l'épouse aurait déménagé, sous déduction des allocations familiales (ch. 5).

Ce jugement faisait suite à l'audience tenue par le Tribunal le 23 juillet 2019, au cours de laquelle les parties ont convenu des modalités qui précèdent et indiqué ne requérir, en l'état, aucune contribution à leur propre entretien dès lors qu'elles habitaient encore ensemble et qu'elles se répartissaient les charges du ménage en fonction de leurs revenus (l'épouse travaillant à 60 %).

d. Par requête du 9 novembre 2020, A_____ a requis la modification du ch. 5 du dispositif dudit jugement en raison du non-respect par le père des engagements financiers pris à l'audience du 23 juillet 2019 relativement aux enfants et du manque d'implication de ce dernier dans les démarches administratives les concernant. Elle a également requis la modification du ch. 10 du dispositif dès lors qu'elle avait pris à bail un nouvel appartement depuis le 17 janvier 2020 à F_____ (GE), de sorte qu'il convenait de statuer sur le domicile légal des enfants, qui avait été laissé par défaut chez le père compte tenu du fait qu'elle ne s'était pas encore constitué de domicile séparé lors du prononcé du jugement. Il résulte en outre des allégués de sa requête et des pièces produites que A_____ a changé d'employeur à fin 2019.

Elle concluait ainsi à ce qu'il soit dit et constaté que les époux vivaient séparés depuis le 17 janvier 2020, à ce que l'autorité parentale soit maintenue conjointe sur les deux enfants mineurs, à ce que le domicile légal de l'enfant D_____ soit fixé chez le père et celui de l'enfant C_____ chez la mère, à ce qu'il soit dit et constaté que l'entretien convenable de l'enfant D_____ s'élevait à 336 fr. 85 par mois et celui de l'enfant C_____ à 344 fr. 85, allocations familiales déduites, à ce

qu'il soit dit et constaté que les frais courants des deux enfants mineurs seraient partagés à raison de 2/3 à charge du père et d'1/3 à charge de la mère, à ce que B_____ soit condamné à verser en ses mains, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales déduites, la somme de 230 fr. à titre de contribution d'entretien, à ce qu'il soit dit et constaté que les éventuels frais extraordinaires des deux enfants mineurs seraient partagés à raison de 2/3 à charge du père et d'1/3 à charge de la mère après accord préalable des parties, à ce qu'il soit dit et constaté que les allocations familiales seraient partagées par moitié entre les parties, à ce qu'il soit dit et constaté qu'aucune contribution d'entretien n'était due entre les parties pour leur propre entretien, et à ce que la séparation de biens soit prononcée.

Préalablement, A_____ demandait à ce qu'il soit ordonné à B_____ de produire plusieurs pièces relatives à ses revenus, ses charges et sa fortune, et à ce qu'une audience de comparution personnelle des parties soit agendée.

e. Par jugement JTPI/15107/2020 du 3 décembre 2020, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale de A_____ (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 300 fr., lesquels ont été mis à la charge de cette dernière (ch. 2), dispensé A_____ de leur paiement dès lors qu'elle bénéficiait de l'assistance judiciaire, sous réserve de l'art. 123 CPC (ch. 3) et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4).

Aucune audience n'a été tenue avant le prononcé de cette décision et aucune preuve administrée. L'occasion n'a pas été donnée à l'époux de se déterminer sur la requête.

B. a. Par acte déposé le 17 décembre 2020 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de ce jugement, qu'elle a reçu le 7 décembre 2020, dont elle sollicite l'annulation, se plaignant d'une violation de son droit d'être entendue, du principe de la maxime inquisitoire et d'office, et du droit à la preuve.

Reprenant intégralement ses conclusions de première instance, elle conclut principalement, avec compensation des frais judiciaires et dépens, à l'annulation des ch. 5 et 10 du dispositif du jugement de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juillet 2019 et à ce qu'il soit statué (à nouveau) sur les modalités de la séparation, notamment sur le domicile légal des enfants et sur l'entretien de ceux-ci.

Subsidiairement, elle conclut, avec suite de frais judiciaires et compensation des dépens, au renvoi de la cause à l'instance précédente pour instruction et nouvelle décision après convocation des parties à une audience de comparution personnelle.

b. Dans sa réponse du 5 février 2021, B_____ conclut au rejet de l'appel, avec suite de frais judiciaires et dépens.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions respectives.

d. Elles ont toutes deux produit des pièces nouvelles en seconde instance.

e. Elles ont été informées par pli du greffe du 8 mars 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a relevé que dans le cadre du jugement rendu le 26 juillet 2019, il avait été donné acte aux parties de leur engagement à prendre en charge par moitié les frais des enfants, ceci dès leur séparation effective, et que l'épouse ne sollicitait pas de contribution de prise en charge. S'agissant du domicile légal des enfants, il a considéré que cette question aurait pu être traitée lors de la première procédure ou entre les parents eux-mêmes sans nécessité de judiciarisation. Sur la contribution d'entretien, il a retenu que l'épouse n'alléguait pas que les situations financières des parties auraient considérablement changé depuis l'accord qu'elles avaient conclu, ce d'autant plus qu'il résultait au contraire de ses allégués que sa propre rémunération avait depuis lors augmenté. Enfin, s'agissant de la séparation de biens, il a considéré que l'épouse n'alléguait que vaguement une mise en péril de sa situation financière, en ce sens que son époux s'endetterait et qu'elle ne pourrait pas se permettre d'être codébitrice de ses engagements, sans préciser en quoi elle serait susceptible d'être engagée aux conditions restrictives de l'art. 166 CC.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de dix jours (art. 142 al. 1 et 3 et 314 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 314 al. 1 CPC), contre une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. b CPC; cf. ATF 134 III 667 consid. 1.1) rendue dans une affaire de nature non pécuniaire dans son ensemble en première instance puisqu'elle portait notamment sur les droits parentaux (parmi plusieurs : arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 du 29 avril 2020 consid. 1), mais dont la valeur litigieuse des conclusions pécuniaires est, en tout état, supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1, 92 al. 2 et 308 al. 2 CPC).

1.2 Le mémoire de réponse est également recevable pour avoir été déposé dans le délai et la forme prescrits par la loi (art 312 al. 2 et 314 al. 1 CPC). Il en va de même des mémoires de réplique et duplique des parties (art. 316 al. 2 CPC; sur le droit à la réplique spontanée : cf. ATF 146 III 97 consid. 3.4.1 et les références citées).

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures protectrices de l'union conjugale étant soumises à la procédure sommaire (cf. art. 271 let. a CPC), la cognition de la Cour 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 (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, in JdT 2002 I p. 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_392/2014 du 20 août 2014 consid. 1.5).

Dès lors qu'elle concerne le sort d'enfants mineurs, la présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 et 3 CPC). Dans ce cadre, la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 58 al. 2 CPC) ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_757/2013 du 14 juillet 2014 consid. 2.1), et elle établit les faits d'office (art. 55 al. 2 CPC).

1.4 Les pièces nouvelles produites en appel, utiles à la détermination du sort des mineurs, sont recevables. En effet, lorsque la procédure est soumise, comme ici, à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1; plus récemment : arrêt du Tribunal fédéral 5A_685/2018 du 15 mai 2019 consid. 3).

- 2.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir refusé d'entrer en matière sur sa requête en modification sans avoir, au préalable, convoqué les parties à une audience de comparution personnelle, administré les preuves et donné l'opportunité à l'intimé de se déterminer sur sa requête, violant ainsi leur droit d'être entendus, le principe de la maxime inquisitoire et d'office, ainsi que le droit à la preuve.

2.1 Les mesures protectrices de l'union conjugale sont soumises à la procédure sommaire (art. 271 let. a CPC, qui renvoie aux art. 248 ss CPC), sous réserve des art. 272 et 273 CPC.

Selon ces deux dispositions, le tribunal établit les faits d'office (art. 272 CPC) et tient une audience (art. 273 al. 1 CPC), à laquelle les parties comparaissent personnellement (art. 273 al. 2 CPC). Par ailleurs, dès lors qu'il n'y a pas de procédure de conciliation préalable séparée devant l'autorité de conciliation, le juge des mesures protectrices saisi doit lui-même procéder à la conciliation des parties et tenter de trouver un accord entre elles (art. 273 al. 3 CPC).

Aux termes de la loi, le tribunal ne peut renoncer à la tenue d'une audience que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté (273 al. 1 CPC). Cette disposition est une *lex specialis* par rapport à la règle générale de l'art. 256 al. 1 CPC, qui énonce que le tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement. Il s'ensuit que le juge des

mesures protectrices de l'union conjugale doit en principe tenir une audience avant de statuer et qu'il ne peut y renoncer que dans des cas simples et sans contestation quant aux faits ou si les époux ont déjà comparu récemment devant lui, par exemple s'il s'agit de ratifier une convention (arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 101 2012-300 du 3 décembre 2012 consid. 2c).

2.2. Dans le présent cas, il résulte des principes sus-exposés que le Tribunal ne pouvait renoncer à la tenue d'une audience que si l'état de fait était clair ou incontesté. Tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que l'intimé ne s'est pas déterminé sur les allégués de l'appelante, de sorte que la Cour ignore si les faits invoqués par l'appelante sont contestés ou admis. A la simple lecture de la demande, le Tribunal ne pouvait pas non plus retenir que l'état de fait était clair. Ce constat suffit à sceller l'issue de l'appel.

Pour le surplus, il sera rappelé ce qui suit :

3. 3.1

3.1.1 Une fois que des mesures provisionnelles ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC. Aux termes de l'art. 179 al. 1 1ère phrase CC, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

La modification des mesures protectrices 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 prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt du Tribunal fédéral 5A_531/2019 du 30 janvier 2020 consid. 4.1.1).

Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1; 137 III 604 consid. 4.1.2, arrêts du Tribunal fédéral 5A_151/2016 du 27 avril 2016 consid. 3.1; 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et 6.1.2; 5A_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 4.1). La survenance de faits nouveaux importants et durables n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification du montant de la contribution d'entretien; celle-ci ne se justifie que lorsque la différence entre le montant de la contribution d'entretien

nouvellement calculée sur la base de tels faits et celle initialement fixée est d'une ampleur suffisante (arrêts du Tribunal fédéral 5A_151/2016 du 27 avril 2016 consid. 3.1; 5A_33/2015 du 28 avril 2015 consid. 4.2; 5A_113/2013 du 2 août 2013 consid. 3.1). Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1).

3.1.2 Tout comme une convention soumise à approbation peut être conclue sur les conséquences d'un divorce (art. 279 CPC), les conventions alimentaires dans le cadre d'une procédure de protection du mariage (art. 176 al. 1 ch. 1 CC) peuvent également être fondées sur un accord, auquel cas une ratification judiciaire est également requise (ATF 142 III 518 consid. 2.5; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1031/2019 du 26 juin 2020 consid. 2.2; 5A_30/2019 du 8 mai 2019 consid. 3.2.1).

Les possibilités de modifier des mesures protectrices fixées sous forme de convention des époux ratifiée par le juge sont par conséquent restreintes de la même manière qu'en divorce. Seuls les changements importants concernant des faits qui ont été considérés comme certains lors de la convention peuvent justifier une modification de celle-ci. Les faits incertains au moment de l'accord et qui ont précisément fait l'objet de la transaction (*captum controversum*) ne peuvent quant à eux faire l'objet d'aucune adaptation dès lors qu'il n'est pas possible de mesurer le caractère notable du changement de circonstances, sous réserve de faits nouveaux qui se trouvent clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle est envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord (arrêt du Tribunal fédéral 5A_842/2015 du 26 mai 2016 consid. 2.5 à 2.6, partiellement publié aux ATF 142 III 518).

Toutefois, le Tribunal statue sur les questions relatives aux enfants sans être lié par les conclusions des parties (principe officiel; art. 296 al. 3 CPC). Il s'ensuit qu'une convention des époux sur le sort des enfants ne lie pas le tribunal, mais possède plutôt le caractère d'une conclusion commune, dont le tribunal tient compte dans sa décision (ATF 143 III 361 consid. 7.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1031/2019 du 26 juin 2020 consid. 2.2; 5A_915/2018 du 15 mai 2019 consid. 3.3) et ce, même lorsqu'elle intervient sous la forme d'une convention de divorce (arrêt du Tribunal fédéral 5A_915/2018 du 15 mai 2019 consid. 3.3).

En cas de demande de nouvelles mesures protectrices, il convient ainsi de distinguer les questions touchant les époux, soumises cas échéant à des mesures restrictives si les parties avaient conclu une convention (art. 279 CPC par analogie), des questions relatives aux enfants sur lesquelles le tribunal statue d'office (arrêt du Tribunal fédéral 5A_1031/2019 du 26 juin 2020 consid. 2.2 et 5.1).

3.2 En l'espèce, l'appelante a agi en modification des mesures protectrices prononcées en juillet 2019 afin qu'il soit statué (à nouveau) sur le domicile légal des enfants ainsi que sur la répartition de leurs coûts entre les parents. Elle a notamment allégué avoir changé de travail à fin 2019, intégré un nouveau logement au début de l'année 2020 et éprouver des difficultés d'ordre administratif avec son époux relativement à la répartition des charges des enfants.

Le Tribunal a retenu implicitement que la modification d'une convention ou d'un accord ratifié par le juge ne pouvait être admise qu'à des conditions restrictives, dès lors que notamment la question du domicile légal des enfants aurait pu être traitée lors de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce, dès lors que selon les principes rappelés ci-avant, les questions concernant le sort des enfants devaient être examinées d'office sans qu'il soit nécessaire d'identifier si les faits nouveaux invoqués par l'appelante se trouvaient clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle avait été envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord.

3.3 Les griefs de l'appelante sont fondés, de sorte que le jugement entrepris sera annulé.

La requête en mesures protectrices ayant été rejetée d'entrée de cause, sans instruction, la cause sera renvoyée au premier juge afin qu'il cite les parties à comparaître personnellement à une audience (art. 318 al. 1 let c. CPC), tente une conciliation et examine ensuite si les conditions de l'art. 179 CC sont réalisées.

4. 4.1 Lorsque la Cour statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'espèce, la cause doit être renvoyée au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Il se justifie dès lors d'inviter le Tribunal à statuer sur l'ensemble des frais judiciaires et dépens de première instance dans le jugement qu'il rendra au terme de la procédure de renvoi.

4.2 Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC). Ils seront mis à la charge de l'intimé, qui a conclu au rejet de l'appel.

L'intimé plaidant au bénéfice de l'assistance juridique, ces frais demeureront provisoirement à la charge de l'Etat, lequel pourra en exiger ultérieurement le remboursement auprès de lui (art. 123 CPC).

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. f CPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 17 décembre 2020 par A_____ contre le jugement JTPI/15107/2020 rendu le 3 décembre 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/22500/2020-1.

Au fond :

Annule ce jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.

Réserve le sort des frais judiciaires et dépens de première instance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions d'appel.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr. et les met à la charge de B_____.

Les laisse provisoirement à charge de l'Etat de Genève, vu l'octroi de l'assistance judiciaire.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

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.