



POUVOIR JUDICIAIRE

C/26595/2019

ACJC/1434/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 2 NOVEMBRE 2021**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), appelant contre une ordonnance rendue par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 18 juin 2020, comparant par Me Vadim HARYCH, avocat, BANNA & QUINODOZ, rue Verdaine 15, case postale 3015, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Christophe GAL, avocat, CG PARTNERS, rue du Rhône 100, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 5 novembre 2021.

EN FAIT

A. a. A_____, né en 1973, et B_____, née en 1972, tous deux de nationalité française, se sont mariés le _____ 1999 à C_____ (France).

Ils sont les parents de D_____, née le _____ 2002, et de E_____, né le _____ 2005.

Les époux se sont installés en Suisse avec leurs enfants en 2013.

Ils vivent séparés depuis le 1^{er} novembre 2017.

b. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale JTPI/19163/2018 du 5 décembre 2018, rendu d'entente entre les parties, le Tribunal de première instance a notamment attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal à B_____ ainsi que la garde sur les enfants D_____ et E_____, un droit de visite usuel étant réservé à leur père. Financièrement, ce dernier s'est engagé à verser en mains de B_____, 2'350 fr. par mois, d'avance et par enfant, à titre de contribution à l'entretien de D_____ et de E_____, ainsi que 7'100 fr., par mois et d'avance, dès le 1^{er} décembre 2018, au titre de contribution à l'entretien de B_____. En sus, il a pris l'engagement de financer les activités de ses enfants lorsque ceux-ci étaient en vacances auprès de lui et leur écolage à concurrence de 60'000 fr. par année. De son côté, B_____ s'est engagée à entreprendre tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour trouver un nouvel emploi dans le courant de l'année 2019.

B. a. Le 22 novembre 2019, A_____ a formé une demande unilatérale en divorce. Au fond et sur mesures provisionnelles, il a notamment conclu à ce que la contribution à l'entretien de E_____ n'excède pas 1'150 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2020, celle en faveur de D_____ devant être fixée à 1'050 fr. par mois, à ce que les frais extraordinaires des enfants, comprenant l'écolage privé, soient pris en charge par les parties à raison d'une moitié chacune et à être libéré de toute contribution à l'entretien de son épouse dès le 1^{er} janvier 2020.

b. Par ordonnance OTPI/142/2020 du 24 février 2020, le Tribunal a débouté A_____ des fins de sa requête, considérant qu'il n'existait pas de motif permettant de revenir sur l'accord des parties sur mesures protectrices de l'union conjugale, ratifié par jugement JTPI/19163/2018 du 5 décembre 2018.

Cette ordonnance n'a pas été frappée d'appel.

c. B_____ a pris un emploi en région I_____ [France] avec effet au 12 mars 2020 auprès de l'association F_____. Pendant les quatre premiers mois, elle devait œuvrer à temps partiel en télétravail, avant de travailler ensuite sur place à I_____.

d. Le 2 juin 2020, les parties ont déposé des conclusions d'accord sur mesures provisionnelles datées du 23 mai 2020, tendant à modifier le jugement du 5 décembre 2018. Ces conclusions réglent notamment les modalités du versement des contributions d'entretien en faveur des enfants (ch. 8-19) et de B_____ (ch. 20-22).

Les parties ont notamment conclu à ce qu'il soit donné acte à A_____ de ce qu'il acceptait le transfert du domicile et de la résidence habituelle de l'enfant E_____ en France simultanément au déménagement de B_____, soit dès le 1^{er} août 2020, de son engagement de verser à B_____, par mois et d'avance, au titre de contribution à l'entretien de E_____, avec effet au 1^{er} septembre 2020, les sommes de 900 EUR et 900 fr., les allocations familiales, respectivement les allocations d'études et/ou toute autre allocation en faveur de E_____ devant revenir à B_____ à compter du 1^{er} septembre 2020, et de ce que la contribution d'entretien (payable par mois et d'avance) de A_____ en faveur de B_____ était fixée, à partir du mois de mai 2020 et pendant la durée de la procédure de divorce, à 1'900 fr. et 1'900 EUR. Ils ont également convenu que A_____ subviendrait à la totalité de l'entretien de D_____ tant et aussi longtemps qu'elle "ne sera pas rattachée à sa mère" avec l'accord de celle-ci.

e. Dans son mémoire de réponse au fond du 4 juin 2020, B_____ a également conclu, sur mesures provisionnelles, à ce que le Tribunal ratifie les conclusions d'accord du 23 mai 2020 et condamne A_____ à lui verser 40'000 fr. au titre de *provisio ad litem*.

f. A_____, alors directeur général de G_____ SA, qui s'était déjà vu notifier par deux fois un congé de son employeur les 13 décembre 2019 et 3 avril 2020, auxquels il avait fait opposition dès lors qu'ils étaient intervenus en temps inopportun du fait de son arrêt pour maladie, s'est vu notifier un nouveau congé le 6 juin 2020, à l'issue de la période légale de protection, pour le 31 août 2020.

g. B_____ a déménagé avec E_____ en France le 14 juillet 2020.

h. D_____ étant devenue majeure le 21 juillet 2020, les conclusions relatives à son entretien ont été soumises à son approbation.

i. Le 22 septembre 2020, A_____ a modifié ses conclusions sur mesures provisionnelles. Il a conclu à ce que le Tribunal ratifie les conclusions d'accord du 23 mai 2020, pour la période postérieure au 30 septembre 2020, à l'exception des chiffres 8 à 22, lui donne acte de son engagement à verser à B_____, par mois et d'avance, au titre de contribution à l'entretien de E_____, avec effet au 1^{er} octobre 2020, la somme de 1'250 fr., dise que les allocations familiales, respectivement les allocations d'études et/ou toute autre allocation en faveur de E_____ reviendront à B_____ à compter du 1^{er} septembre 2020, lui donne acte de son engagement à supporter directement l'entretien convenable de D_____ à

hauteur de 1'880 fr. par mois au total, à compter du 1^{er} septembre 2020, dise que les allocations familiales, respectivement les allocations d'études et/ou toute autre allocation en faveur de D_____ lui sont acquises à compter du 1^{er} septembre 2020, sous réserve d'accord contraire entre D_____ et A_____, condamne les parties à prendre en charge à raison d'une moitié chacune les frais extraordinaires des enfants, sous réserve de leur accord préalable sauf en cas d'urgence particulière, et dise qu'à compter du 1^{er} octobre 2020 il ne devra plus aucune contribution à l'entretien de B_____.

A_____ a fait valoir que ses conclusions nouvelles résultaient de la confirmation de son licenciement reçu le 6 juin 2020, de ses tentatives infructueuses de retrouver du travail et de l'absence concrète de possibilités de retrouver un emploi à court et moyen terme vu la conjoncture, de la diminution drastique de ses revenus, désormais de 8'645 fr. par mois au maximum, de l'existence d'un déficit mensuel de plus de 7'000 fr. qui le contraignait à puiser dans sa fortune pour faire face à ses obligations et le fait que dans le même temps, son épouse, après avoir refusé une offre de H_____ en début d'année 2020 en Suisse pour un salaire de 6'700 fr., lui préférant un emploi en France auprès de F_____ à I_____ pour un salaire de 3'875 EUR par mois pour un 100%, s'était récemment vue proposer une nouvelle fois *"un emploi qu'elle considère sérieusement, en Suisse, à un taux de 100% pour des revenus annuels de l'ordre de CHF 94'250.-, soit CHF 7'854.20 par mois"*.

j. Lors de l'audience de comparution personnelle et plaidoiries sur mesures provisionnelles du 23 septembre 2020 du Tribunal, A_____ a conclu à la ratification de l'accord du 23 mai 2020 pour la période postérieure au 30 septembre 2020, à l'exception des chiffres 8 à 22 ne devant pas faire l'objet de la ratification.

B_____ a conclu à ce que l'accord soit intégralement ratifié.

B_____ a déclaré que la société H_____ lui avait proposé un poste à plein temps en Suisse pour un salaire de 7'250 fr. par mois versé 13 fois l'an en tant que responsable qualité et projet, et ce à partir du 1^{er} janvier 2021. Elle avait informé son époux de cette offre, mais ne l'avait pas encore formellement acceptée, dès lors qu'un nouveau déménagement en Suisse impliquerait un certain risque financier, et en particulier de nouvelles charges pour elle et pour son fils, puisqu'il devait pouvoir suivre une école privée pour ne pas interrompre son cursus de formation.

A_____ a confirmé n'avoir droit qu'à 8'645 fr. par mois à titre d'indemnités de la part de l'assurance-chômage et a déclaré être en incapacité durable de retrouver une activité professionnelle du même type que celle exercée jusqu'alors, si bien que l'accord du 23 mai 2020 ne pouvait pas être repris comme tel.

A l'issue de cette audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur la ratification des conclusions d'accord du 23 mai 2020. Il a en outre ordonné une procédure écrite sur nouvelles mesures provisionnelles concernant la requête unilatérale provisionnelle de B_____ (*provisio ad litem*) et concernant les conclusions sur mesures provisionnelles du 22 septembre 2020 de A_____.

k. Par courrier du 5 octobre 2020 au Tribunal, D_____ a acquiescé aux dispositions la concernant résultant de la convention conclue par ses parents le 23 mai 2020.

l. Par pli du 2 octobre 2020, B_____ a spontanément informé le Tribunal avoir accepté le poste proposé par H_____ évoqué lors de l'audience du 23 septembre 2020 de sorte qu'elle reprendrait domicile dans le canton d'ici à la fin de l'année. Elle a, pour le surplus, persisté dans ses dernières conclusions.

m. Par mémoire du 15 octobre 2020, B_____ a conclu à ce que le Tribunal rejette la requête en mesures provisionnelles formée par A_____ le 22 septembre 2020 et ratifie l'intégralité des conclusions d'accord du 23 mai 2020.

Elle a notamment confirmé avoir accepté l'offre d'emploi de H_____, son entrée en fonction étant prévue le "2 janvier 2021 sous réserve d'une solution de logement et de la situation sanitaire", aucune solution scolaire n'étant encore arrêtée pour E_____.

n. Dans ses déterminations sur "mesures provisionnelles (*provisio ad litem*)" du 15 octobre 2020, A_____ a conclu à ce que B_____ soit déboutée de sa demande de *provisio ad litem*.

o. Le 12 novembre 2020, A_____ a adressé au Tribunal une réplique spontanée au mémoire de "*réponse sur requête de mesures provisionnelles du 22 septembre 2020*" du 15 octobre 2020 de B_____. Il a persisté à solliciter l'adaptation des modalités convenues six mois auparavant, en particulier car la clause de non-concurrence le liant à son employeur réduisait fortement ses chances de retrouver du travail à long terme et parce que son épouse avait accepté un poste en Suisse pour lequel elle serait rémunérée à hauteur de 7'854 fr., étant relevé que selon ses informations celle-ci avait planifié son déménagement à Genève au début de mois de décembre 2020.

p. Dans leurs écritures ultérieures des 13 novembre 2020 (B_____), 24 novembre 2020 (A_____) et 30 novembre 2020 (B_____), les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. A la suite de la réception de ces ultimes prises de position, le Tribunal a gardé la cause à juger.

Dans sa dernière détermination sur mesures provisionnelles du 30 novembre 2020, B_____ a contesté que sa prise d'emploi en Suisse au 1^{er}

janvier 2021 puisse constituer un fait nouveau pertinent justifiant de revenir sur la règlementation prise d'entente entre les parties sur mesures provisionnelles.

q. Par ordonnance OTPI/747/2020 du 1^{er} décembre 2020, le Tribunal a statué en une seule ordonnance sur toutes les requêtes sur mesures provisionnelles dont il était saisi, soit la demande de ratification des conclusions sur mesures provisionnelles du 23 mai 2020 émanant des deux parties, la requête en modification de ces conclusions de A_____ du 22 septembre 2020 et la requête de *provisio ad litem* formée par B_____, ainsi que les autres conclusions propres, nouvelles, de B_____, sur mesures provisionnelles.

Ce faisant, le Tribunal a ratifié intégralement les conclusions d'accord prises par les parties le 23 mai 2020, dit que cette ratification valait sans limitation de durée, débouté en conséquence A_____ de sa requête tendant à modifier la portée matérielle et temporelle de la convention du 23 mai 2020, condamné en conséquence A_____ à respecter ses obligations financières à l'égard de son épouse et de ses enfants telles qu'elles ressortaient des ch. 8 à 22 des conclusions d'accord du 23 mai 2020 sans limitation de durée et jusqu'à droit jugé au fond sur la requête de divorce et débouté B_____ de sa requête de *provisio ad litem*.

Le Tribunal a considéré que le déménagement de B_____ en région I_____ [France] afin d'y prendre un emploi avec effet au 12 mars 2020 constituait un motif de revenir sur l'accord conclu sur mesures protectrices de l'union conjugale. En revanche, au moment de la négociation et de la signature de la convention du 23 mai 2020, ainsi qu'au moment du dépôt de conclusions d'accord sur mesures provisionnelles près le Tribunal le 2 juin 2020, A_____ savait pertinemment qu'il allait être licencié à nouveau à l'échéance du délai de protection de 180 jours, puisque son employeur avait déjà tenté de lui notifier son congé à deux reprises. Le Tribunal a considéré que le "changement de situation des époux A/B_____" que les parties avaient voulu régler et auquel il était fait référence dans le préambule aux conclusions d'accord du 23 mai 2020 devait nécessairement être compris comme englobant le déménagement de B_____ en région I_____ [France] afin d'y prendre un emploi, d'une part, et les perspectives professionnelles de A_____, d'autre part. Il y avait lieu d'interpréter la référence à l'OTPI/140/2020 dans le préambule des conclusions d'accord des parties comme étant la confirmation que ces dernières avaient bien pris en compte la perte d'emploi d'A_____ dans la négociation de leur convention du 23 mai 2020.

r. Aucune des parties n'a formé recours contre cette ordonnance.

s. Par nouvelle requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 27 janvier 2021, A_____ a conclu à être libéré de toute contribution à l'entretien de B_____ à compter du 1^{er} février 2021 et à ce que la contribution à l'entretien

de E_____ soit fixée à 1'375 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 1^{er} février 2021, sous suite de frais et dépens.

Il a fait valoir que d'importants changements inconnus et imprévisibles au moment de la signature de la convention du 23 mai 2020 étaient intervenus, en particulier son licenciement avec effet au 31 août 2020, les conséquences de la crise sanitaire sur ses recherches d'emploi, la diminution drastique de ses revenus depuis le mois de septembre 2020, l'absence de toute perspective concrète de reprise d'emploi à court et moyen terme, du fait qu'il subissait un déficit "conséquent" de l'ordre de 3'800 fr. par mois, du caractère patent du "*déséquilibre actuel des situations financières des parties*", compte tenu de l'augmentation des revenus de B_____ dès janvier 2021 du fait de son nouvel emploi, portant ses revenus mensuels à 7'854 fr. 20 en lieu et place de ses revenus de l'ordre de 3'000 fr. avant, du déménagement et la prise d'emploi de B_____, de l'autonomie financière de B_____ qui couvrirait désormais entièrement ses charges, du montant des charges mensuelles actualisées de E_____, qui n'excéderait pas 1'375 fr., du fait qu'il passait de plus en plus de temps avec son fils depuis son retour en Suisse, assurant ainsi une "part non négligeable de son entretien", du caractère "insoutenable" de sa situation actuelle, de l'"enlèvement" de la procédure au fond et de l'urgence de la situation.

t. Le Tribunal a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles, faute d'urgence particulière, par ordonnance du 27 janvier 2021.

u. Dans sa réponse écrite sur nouvelles mesures provisionnelles du 8 mars 2021, B_____ a conclu au rejet de la requête avec suite de dépens.

Elle a fait valoir que A_____ ne pouvait se prévaloir d'aucune modification notable et durable des circonstances. Dès lors qu'il n'avait pas appelé de l'OTPI/747/2020 du 1^{er} décembre 2020, il n'était pas légitimé *a fortiori* à remettre en cause ces points dans le cadre d'une nouvelle requête en mesures provisionnelles.

v. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

C. Par ordonnance OTPI/473/2021 du 18 juin 2021, dont est appel, le Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ le 27 janvier 2021 (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 2'000 fr. (ch. 2), les a compensés avec les avances fournies par les parties, en 1'000 fr. chacune (ch. 3), les a mis à la charge des deux parties à raison de la moitié chacune (ch. 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

En substance, le Tribunal a retenu que pour demander la modification de l'ordonnance du 1^{er} décembre 2020, A_____ ne pouvait pas se fonder sur des

circonstances survenues postérieurement à la conclusion de l'accord du 23 mai 2020 mais uniquement sur des faits nouveaux constituant des circonstances essentielles et durables survenus depuis le 1^{er} décembre 2020. En outre, puisqu'il s'agissait de modifier une convention, ces faits devaient se trouver clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle était envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord conclu. Or, aucun des faits allégués par A_____ n'était nouveau car ils avaient été allégués dès l'origine de la première requête de mesures provisionnelles (licenciement, difficultés de retrouver un emploi, conjoncture), soit au cours de la procédure ayant abouti à l'ordonnance du 1^{er} décembre 2020, y compris la baisse drastique de revenus liés au chômage, le retour de B_____ en Suisse et sa prise d'emploi auprès de H_____ pour un poste désormais à plein temps. Si l'une ou l'autre des parties n'avait pas été d'accord avec l'appréciation du Tribunal aboutissant à la décision du 1^{er} décembre 2020, que ce soit dans la non prise en compte de l'une des circonstances discutées devant celui-ci ou sur les conséquences juridiques qu'il en a – ou non – tirées, il était loisible à chacune d'elle d'appeler dudit jugement, mais certainement pas de les invoquer à l'appui d'une nouvelle requête de mesures provisionnelles, même déposée environ un mois et demi seulement après l'expiration du délai d'appel. Dans la mesure où l'intégralité des faits prétendument nouveaux allégués par A_____ étaient non seulement connus, mais encore établis par les parties, l'ensemble de ces circonstances pouvaient et devaient faire l'objet d'un appel de la décision sur mesures provisionnelles par celles des parties qui entendait remettre en cause le résultat auquel le Tribunal est parvenu; ils n'étaient en tous cas plus invocables dans le cadre d'une nouvelle requête de mesures provisionnelles.

A titre superfétatoire, le Tribunal a relevé que l'augmentation des revenus de B_____, parent gardien, devait en premier lieu profiter à E_____. En outre, A_____ n'était pas de condition modeste et il ne démontrait pas le caractère disproportionné des contributions prises dans leur ensemble eu égard à sa situation financière globale (revenus et fortune).

D. a. Par acte du 2 juillet 2021, A_____ appelle de cette ordonnance, qu'il a reçue le 22 juin 2021. Il conclut à l'annulation des chiffres 1 et 3 de son dispositif et, cela fait, à ce qu'il soit dit qu'il ne doit plus aucune contribution à l'entretien de B_____ dès le 1^{er} février 2021, qu'à partir de cette date également la contribution à l'entretien de E_____ soit fixée à 1'375 fr. par mois, allocations familiales non comprises, et à ce que B_____ soit condamnée à lui verser 1'000 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires de première instance, avec suite de frais et dépens.

b. B_____ conclut au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

Elle produit des pièces nouvelles.

c. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Par avis du 15 septembre 2021, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions sur mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC, lorsque l'affaire est de nature pécuniaire, si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal atteint 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, la cause porte sur des contributions d'entretien qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, conduit à une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. La voie de l'appel est dès lors ouverte.

1.2 Interjeté dans le délai utile de dix jours (art. 271 lit. a et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

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, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_916/2019 du 12 mars 2020 consid 3.4).

Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables aux questions concernant les enfants mineurs (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et 296 CPC), ce qui a pour conséquence que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC), ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_841/2018, 5A_843/2018 du 12 février 2020 consid. 5.2).

La maxime de disposition est applicable s'agissant de la contribution d'entretien due à l'un des époux (ATF 129 III 417 précité; arrêts du Tribunal fédéral 5A_333/2019 du 6 juillet 2020 consid. 4.1; 5A_843/2017 du 25 octobre 2017 consid. 2).

3. Les parties ont produit des pièces nouvelles en appel.

3.1 Selon la jurisprudence, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont cumulatives : les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être

en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

Lorsque le procès est soumis 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), et ce jusqu'à l'entrée en délibération de l'autorité d'appel, c'est-à-dire dès que l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger (ATF 142 III 413 consid. 2.2.5-2.2.6; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_290/2020 du 8 décembre 2020 consid. 3.3.5).

3.2 En l'espèce, les pièces nouvelles produites par l'intimée concernent le sort de l'enfant mineur et elles ont été déposées avant que la Cour n'informe les parties que la cause était gardée à juger. Elles sont, par conséquent, recevables.

- 4.** L'appelant reproche au Tribunal de ne pas avoir considéré que la prolongation de sa période de chômage et le retour en Suisse de l'intimée ainsi que sa prise d'emploi effective au 1^{er} janvier 2021 constituaient un changement conséquent et durable des circonstances.

4.1.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Les mesures provisionnelles de divorce, qui jouissent d'une autorité de la chose jugée relative (ATF 142 III 193 c. 5.3), peuvent être modifiées aux conditions de l'art. 179 al. 1 CC, applicable aux mesures provisionnelles de divorce par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, en cas de changement essentiel et durable des circonstances de fait survenu postérieurement à leur prononcé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_42/2019 du 18 avril 2019 consid. 3.2)

La modification de mesures provisoires ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, 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 (ATF 143 III 617 consid. 3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_253/2020 du 25 mars 2021 consid. 3.1.1; 5A_531/2019, 5A_540/2019 du 30 janvier 2020 consid. 4.1.1).

La partie requérante doit fonder sa demande en modification sur de vrais nova (ATF 143 III 42 consid. 5.2-5.3; arrêt du Tribunal fédéral

5A_154/2019 du 1^{er} octobre 2019 consid. 4.1), c'est-à-dire des faits ou moyens de preuves qui ne sont apparus ou devenus disponibles qu'après le moment où, dans une procédure antérieure, achevée par un jugement entré en force, les moyens d'attaque et de défense pouvaient pour la dernière fois être invoqués. Sont assimilés à de vrais *nova* les faits qui existaient déjà au moment de la procédure précédente et qui étaient connus de la partie qui les invoque, mais qui n'ont alors pas été invoqués par celle-ci faute de pouvoir les prouver (ATF 142 III 42 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_154/2019 précité consid. 4 et les références citées). En d'autres termes, la voie de la modification est ouverte soit lorsque le fait allégué est un vrai *novum*, soit lorsqu'il constitue un pseudo *novum*, mais que le moyen de preuve apte à l'établir est un vrai *novum* (arrêt du Tribunal fédéral 5A_154/2019 précité consid. 4.1).

La demande de modification du jugement dans les causes matrimoniales et du droit de la filiation (cf. art. 179, 129, 134 et 286 CC) est une nouvelle action au sens de la jurisprudence. Le fondement du procès en modification - à la différence de la voie de la révision - ne peut être que de vrais *nova*, c'est-à-dire des faits et moyens de preuves qui ne sont apparus ou ne sont devenus disponibles qu'après le moment où, dans une procédure antérieure achevée par un jugement entré en force, les moyens d'attaque et de défense pouvaient pour la dernière fois être invoqués. La jurisprudence admet que sont aussi de " vrais " *nova* les faits qui existaient certes déjà au moment de la procédure précédente et qui étaient connus de la partie qui les invoque, mais qui n'ont alors pas été invoqués par celle-ci, faute de pouvoir en apporter la preuve (ATF 143 III 42 consid. 5.2 et les références, traduit et commenté par BASTONS BULLETTI, in Newsletter CPC Online du 11 janvier 2017; arrêt 5A_874/2019 du 22 juin 2020 consid. 3.2).

S'agissant des rapports entre la procédure d'appel contre le premier jugement et la procédure de modification de ce jugement, le Tribunal fédéral a estimé que des éléments nouveaux, sur la base desquels un changement des circonstances pouvait être invoqué, ne devaient pas être renvoyés à une procédure de modification au sens de l'art. 129 CC mais devaient être invoqués et pris en compte dans la procédure d'appel contre le jugement de divorce dans la mesure où ils étaient recevables d'après l'art. 317 al. 1 CPC. Au même titre, les moyens, sur la base desquels sont allégués, respectivement prouvés des changements de circonstances ne doivent pas permettre une modification des mesures protectrices (art. 179 CC) lorsqu'ils auraient déjà pu être invoqués dans le cadre de l'appel contre la décision de mesures protectrices (ATF 143 III 42 consid. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_436/2020 du 5 février 2021 consid. 4.2).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_253/2020 précité consid. 3.1.1).

En revanche, la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_253/2020 précité consid. 3.1.1). Aussi, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes; pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (arrêts du Tribunal fédéral 5A_531/2019, 5A_540/2019 précité consid. 4.1.1; 5A_64/2018 précité consid. 3.1; 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 3.1).

4.1.2 Lorsque les parties ont prévu par convention leurs obligations réciproques dans le cadre de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, en mettant fin définitivement à d'éventuelles incertitudes concernant les faits pertinents ou la portée juridique de ceux-ci, les possibilités de modifier des mesures protectrices ou provisionnelles fixées sous forme de convention ratifiée sont très restreintes et les principes posés en cas de décision unilatérale ne s'appliquent pas : il n'y a en effet pas lieu d'adapter la situation lorsque les faits ont été conventionnellement définis pour clarifier un état de fait incertain (*caput controversum*). Que l'accord des parties soit soumis à la ratification d'un juge n'empêche pas en effet qu'elles jouissent d'une large liberté de sorte que la transaction qui est précisément conclue pour régler une question incertaine (état de fait ou conséquence juridique) ne peut être modifiée par la suite. Dans ce cas, il n'est en effet pas possible de mesurer le caractère notable du changement de circonstances. Sont réservés les faits nouveaux qui se trouvent clairement hors du champ de l'évolution future des événements, telle qu'elle était envisagée, même inconsciemment, par les parties au moment de l'accord (ATF 142 III 518 consid. 2.5 et 2.6.1).

Comme pour les questions touchant aux enfants mineurs, le tribunal juge sans être lié par les conclusions des parties, 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 (art. 285 let. d CPC; ATF 143 III 361 consid. 7.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1031/2019 du 26 juin 2020 consid. 2.2) et ce, même lorsqu'elle intervient sous la forme d'une convention de divorce (arrêts du Tribunal fédéral 5A_915/2018 du 15 mai 2019 consid. 3.3; 5A_1031/2019 du 26 juin consid. 2.2).

4.1.3 Selon la jurisprudence, une période de chômage supérieure à quatre mois ne peut plus être considérée comme étant de courte durée; dans une telle situation, il convient en principe de tenir compte des indemnités de chômage effectivement perçues. Dans tous les cas, la question de savoir si la période de chômage est durable dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, en particulier de la situation économique (arrêt du Tribunal fédéral 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 4.1.1 et les références citées).

4.2.1 En l'espèce, l'appelant fait valoir que, lorsque les parties ont conclu leur convention le 23 mai 2020, il était absolument imprévisible que l'intimée revienne en Suisse et y exerce une activité lucrative. En outre, si son licenciement était envisageable, sa longue période de chômage et l'ampleur de la crise sanitaire et économique ne l'étaient absolument pas. Dans son raisonnement, l'appelant omet de tenir compte du fait que dès lors que la convention des parties a été ratifiée par décision du 1^{er} décembre 2020, le juge ayant considéré que les faits portés à sa connaissance ne justifiaient pas de modifier les conclusions d'accord des parties, il ne peut, pour obtenir la modification de cette décision, que faire valoir des faits nouveaux survenus depuis le prononcé de celle-ci.

4.2.2 Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée (cf. *supra* 4.1.2), il y a lieu de limiter l'examen aux conditions de l'art. 179 CC s'agissant de la modification de la contribution à l'entretien de l'enfant E_____, et examiner, en sus, si nécessaire, les conditions restrictives en matière de modification d'une convention s'agissant de la question relative à la contribution d'entretien de l'intimée.

4.2.3 L'appelant se prévaut en premier lieu du fait qu'il se trouve au chômage depuis plus de quatre mois. Or, lors du prononcé de la décision du 1^{er} décembre 2020, l'appelant était déjà au chômage et "ses tentatives infructueuses de retrouver du travail" et son "absence concrète de possibilités de retrouver un emploi à court et moyen terme vu la conjoncture" étaient ses principaux arguments pour que la convention d'accord du 23 mai 2020 ne soit pas ratifiée par le Tribunal. Ce dernier a toutefois considéré que l'accord des parties devait être ratifié malgré le licenciement de l'appelant car les époux avaient envisagé que l'appelant puisse se trouver sans emploi lors de leurs accords. Quand bien même l'appelant était depuis peu sans emploi, le Tribunal n'a pas considéré qu'il serait en mesure de percevoir rapidement un revenu identique à celui de son dernier emploi. Il a, au contraire, pris en compte que l'appelant ne percevait plus que des indemnités chômage et qu'il pourrait se trouver durablement sans emploi, mais que cela avait été envisagé par les parties dans leur convention. Si l'appelant se trouvait en désaccord avec ce raisonnement, il aurait dû appeler de la décision du 1^{er} décembre 2020, ce qu'il n'a pas fait. Par conséquent, la persistance de la période de chômage de l'appelant ne constitue pas un fait nouveau puisqu'elle a été prise en compte par le Tribunal lorsqu'il a rendu sa décision du 1^{er} décembre 2020.

Par ailleurs, lorsqu'il a rendu la décision OTPI/747/2020 le 1^{er} décembre 2020, le Tribunal avait connaissance du fait que E_____ et l'intimée seraient domiciliés en Suisse dès le début du mois de décembre 2020 et que cette dernière travaillerait dès le mois de janvier 2021 pour un salaire de plus de 7'000 fr. Il s'agit de faits qui n'étaient pas litigieux, les déclarations des parties étant concordantes à cet égard lorsque le Tribunal a gardé la cause à juger. Les parties ont également discutés des conséquences de ces faits devant le Tribunal. Certes, dans sa décision du

1^{er} décembre 2020, le Tribunal n'a pas examiné ces faits. Il n'en a fait mention ni dans la partie en fait, ni dans son raisonnement en droit. Cela étant, à nouveau, si l'appelant considérait que tel aurait dû être le cas, il lui appartenait d'appeler de la décision du 1^{er} décembre 2020, ce qu'il n'a pas fait. Par conséquent, puisqu'il était déjà établi que l'intimée résiderait et travaillerait à Genève peu après le prononcé de la décision, et qu'il s'agit ainsi de modifications qui bien que futures étaient certaines, il ne s'agit pas de faits nouveaux au sens de l'art. 179 al. 1 CC et l'appelant ne peut s'en prévaloir dans le cadre d'une modification.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que les conditions permettant une modification de la décision du 1^{er} décembre 2020 n'étaient pas remplies et a débouté l'appelant de ses conclusions.

Le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance querellée sera ainsi confirmé.

- 5. 5.1** L'ordonnance querellée étant confirmée, il ne se justifie pas de modifier la répartition des frais et dépens de première instance, qui l'ont été conformément à la loi (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En revanche, l'appelant reproche à juste titre au Tribunal d'avoir considéré que l'intimée avait procédé à l'avance des frais judiciaires de première instance à hauteur de 1'000 fr. alors que tel n'avait pas été le cas. En effet, seul l'appelant a versé une avance de frais, de 2'000 fr., en première instance, de sorte que le chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance devra être modifié en ce sens que les frais seront compensés avec l'avance fournie par l'appelant, de 2'000 fr., et l'intimée sera condamnée à rembourser à l'appelant une somme de 1'000 fr. au titre de remboursement des frais judiciaires de première instance.

5.2 Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'350 fr. (art. 31 et 37 RTFMC), mis à la charge de l'appelant, qui succombe dans l'essentiel de ses conclusions (art. 106 al. 1 CPC), et entièrement compensés avec l'avance du même montant, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

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

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 2 juillet 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/473/2021 rendue le 18 juin 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/26595/2019-10.

Au fond :

Annule le chiffre 3 du dispositif de cette ordonnance et, statuant à nouveau sur ce point :

Compense les frais judiciaires de première instance avec l'avance de 2'000 fr. fournie par A_____.

Condamne B_____ à verser 1'000 fr. à A_____ à titre de remboursement des frais judiciaires de première instance.

Confirme l'ordonnance querellée pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'350 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais versée par celui-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Camille LESTEVEN

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, dans les limites des art. 93 et 98 LTF.

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