



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10606/2021

ACJC/251/2022

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 22 FEVRIER 2022**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____[GE], appelant d'une ordonnance rendue par la 13ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 août 2021, comparant par Me Anne REISER, avocate, rue de Saint-Léger 2, 1205 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____[GE], intimée, comparant par Me Daniela LINHARES, avocate, LBG AVOCATS, Galerie Jean-Malbuisson 15, case postale 1648, 1211 Genève 1, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, par plis recommandés du 24.02.2022.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/652/2021 du 25 août 2021, reçue par A_____ le 30 août 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre de la demande de divorce formée par le précité, a préalablement déclaré irrecevable la réplique spontanée de A_____ du 16 août 2021, cela fait, a débouté A_____ des fins de sa requête (chiffre 1 du dispositif), a réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 2), a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 3) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

En substance, le Tribunal a retenu que la réplique spontanée produite par A_____ le 16 août 2021 était tardive. Par ailleurs, les conditions spécifiques permettant de revenir sur le prononcé de mesures provisionnelles, soit en l'espèce la démonstration de l'existence de faits nouveaux durables et l'absence de prise en compte desdits faits lors de l'accord, n'étaient pas réalisées.

- B. a.** Par acte déposé le 8 septembre 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel de cette ordonnance, sollicitant son annulation. Il a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la Cour procède préalablement à l'audition de l'enfant C_____ (ci-après : C_____) et ordonne à B_____ de produire une série de documents visant à établir sa situation financière. Principalement, il a conclu à ce que la Cour annule le chiffre 1 de l'ordonnance entreprise en tant qu'elle déclare irrecevables ses déterminations spontanées et le déboute de ses conclusions sur mesures provisionnelles, et, cela fait, annule les chiffres 6, 7 et 8 du dispositif du jugement de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 novembre 2019 et les modifie en ce sens que la garde exclusive de C_____ lui soit attribuée, un large droit de visite devant être réservé à B_____, devant s'exercer d'entente entre les parties ou, à défaut d'entente, à raison d'un week-end sur deux ainsi que durant la moitié des autres vacances scolaires et jours fériés officiels en alternance, dise que C_____ sera domicilié auprès de A_____ et fixe le coût de son entretien convenable à 672 fr. 40, hors allocation familiales, tout en prenant acte que A_____ assumera seul ce coût. Subsidiairement, il a conclu à ce que la Cour annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Il a produit plusieurs pièces nouvelles.

- b.** Dans sa réponse du 28 septembre 2021, B_____ a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel, à la confirmation de l'ordonnance OTPI/652/2021 du 25 août 2021 ainsi qu'au déboutement de A_____ de toutes

ses conclusions. Subsidiatement, elle a conclu au renvoi de la cause au Tribunal pour audition des parties.

c. A_____ n'ayant pas fait usage de son droit de détermination spontanée, les parties ont été avisées par pli du greffe de la Cour du 26 octobre 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour de Justice.

a. A_____, né le _____ 1976 à Genève, de nationalité suisse, et B_____, née le _____ 1982 au Brésil, de nationalité italienne et brésilienne, se sont mariés le _____ 2012 à D_____ (Genève). Ils n'ont pas conclu de contrat de mariage.

Le couple a donné naissance à un enfant, C_____, né le _____ 2012 à Genève.

B_____ est également la mère de E_____, né le _____ 2007, issu d'une précédente relation.

b. Le 22 mars 2019, A_____ a saisi le Tribunal d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale.

c. A l'audience du Tribunal du 22 octobre 2019, un complément de convention relative à la prise en charge de l'enfant pendant les vacances a été déposée. Dite convention n'a pas été produite dans la présente procédure.

d. Par jugement JTPI/15689/2019 du 7 novembre 2019 rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale, le Tribunal a autorisé les époux à vivre séparés, attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal, dit que la garde sur l'enfant C_____ s'exercerait de manière alternée – une semaine sur deux, l'enfant restant avec son père du lundi à la sortie de l'école au mardi matin à l'école, avec sa mère du mardi à la sortie de l'école au jeudi matin à l'école et avec son père du jeudi, à la sortie de l'école au lundi matin à l'école, les vacances scolaires devant être réparties par moitié entre les parents (ch.2), dit que l'enfant serait domicilié auprès de sa mère (ch. 3), condamné A_____ à verser à B_____, par mois et d'avance, dès le mois de mai 2019, allocations familiales en sus, un montant de 550 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____ (ch. 5) ainsi qu'un montant de 2'100 fr. à titre de contribution de prise en charge du mois de mai au mois de décembre 2019 et de 1'500 fr. dès le mois de janvier 2020 (ch. 6), dit que les contributions précitées étaient dues pour le passé sous déduction de tout montant déjà versé à titre d'entretien, directement ou indirectement, par l'acquittement de charges incombant à B_____, telles que le loyer du domicile conjugal (ch. 7), et condamné A_____ à verser à B_____, par mois et d'avance,

dès le mois de janvier 2020, un contribution à son propre entretien de 300 fr. (ch. 8).

Le Tribunal a constaté, conformément à une convention, complétée ensuite lors d'une audience le 29 octobre 2019, que les parties s'étaient mises d'accord sur le principe de la séparation, l'attribution du domicile conjugal, les modalités de prise en charge de C_____, la contribution à l'entretien de ce dernier ainsi que sa contribution de prise en charge à partir de février 2020. Il a toutefois relevé que les parties ne s'étaient pas entendues sur le montant de la contribution de prise en charge de C_____ jusqu'en février 2020 ni sur le versement d'une contribution d'entretien en faveur de B_____, de sorte qu'il lui appartenait de statuer sur ces points.

D. a. Le 1^{er} juin 2021, A_____ a formé une demande unilatérale de divorce.

Il a conclu, sur mesures provisionnelles, sous suite de frais et dépens, à ce que le Tribunal modifie les chiffres 2, 3 et 5 du jugement sur mesures protectrices précité et lui octroie la garde exclusive sur l'enfant C_____, réserve à B_____ un droit de visite sur l'enfant devant s'exercer d'entente entre les parties ou, à défaut, un week-end sur deux, du vendredi soir à la sortie de l'école au lundi matin au retour à l'école, durant les vacances d'été 2021 du 1^{er} août à la rentrée scolaire ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés officiels, lui donne acte de son engagement à emmener C_____ à ses matchs de football les samedis, et ce même lorsque B_____ en aurait la garde, pour autant qu'elle ne puisse le faire, et le ramener immédiatement après la fin du match, dise que C_____ sera domicilié auprès de lui, fixe le coût de l'entretien convenable de ce dernier à 672 fr. 40, hors allocations familiales, lui donne acte de son engagement à assumer le coût de l'entretien convenable de C_____, et supprime les chiffres 6 à 8 du jugement précité.

A_____ a exposé avoir été contacté en janvier 2021 par l'infirmière scolaire au sujet de soupçons de violences que C_____ aurait subies par B_____, violences qu'il avait immédiatement relayées au SPMi, Le SPMi avait en conséquence rencontré B_____. Il aurait ainsi appris que B_____ aurait corrigé C_____ avec une chaussure et une cuillère en bois à diverses reprises entraînant une crise de larmes de l'enfant. Il a également indiqué qu'un suivi psychologique avait été mis en place auprès de l'OMP de F_____ à raison de deux à trois fois par semaine, que le 26 avril 2021, après avoir passé la nuit chez sa mère, C_____ avait porté une paire de ciseaux à sa gorge et avait tenu des propos suicidaires. Aux urgences, il avait été recommandé de ne pas laisser C_____ sans surveillance d'un adulte et de ne pas le laisser seul. Il a reproché à B_____ de confier régulièrement C_____ à son demi-frère, âgé de 14 ans.

b. Dans son mémoire de réponse sur mesures provisionnelles du 30 juillet 2021, B_____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au déboutement de A_____, à la confirmation du jugement sur mesures protectrices et à la condamnation de A_____ aux frais et dépens. Subsidiairement, elle a conclu à ce que le Tribunal lui fixe un large droit de visite sur C_____, lequel s'exercerait, si les parties n'en convenaient pas autrement, à raison d'un week-end sur deux du vendredi après l'école au lundi à la rentrée de l'école et une nuit par semaine, soit le mardi à la sortie de l'école au mercredi soir 18h ainsi que la moitié des vacances scolaires, constate qu'elle ne pouvait pas être condamnée à payer une contribution à l'entretien de C_____, et condamne A_____ à lui verser, par mois et d'avance, une contribution à son entretien d'un montant de 2'840 fr.

Elle a exposé que les difficultés rencontrées par C_____ ne pouvaient lui être imputées et que A_____ la rabaisait afin de pouvoir obtenir la garde exclusive de l'enfant. Elle a relevé que A_____ l'avait dénoncée au SPMi mais que ce dernier n'était pas intervenu et n'avait pas annoncé la situation au Tribunal. Elle a en outre contesté tout lien entre le geste de C_____ du 26 avril 2021 et le fait qu'il ait passé la nuit chez elle la veille.

c. Cette écriture a été transmise à A_____, qui l'a reçue le 4 août 2021.

d. Le 16 août 2021, A_____ a déposé au Tribunal des déterminations écrites sur mesures provisionnelles, lesquelles ont été reçues par B_____ le 23 août 2021.

e. Il ne résulte pas du dossier que le Tribunal aurait avisé les parties de ce que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

f. Le Tribunal a rendu sa décision le 25 août 2021.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

En l'espèce, la cause peut être qualifiée de non pécuniaire dans son ensemble, puisqu'elle porte tant sur le sort de la garde de l'enfant C_____ que sur le montant de son entretien convenable et sur sa prise en charge. En tout état de cause, la valeur litigieuse, calculée conformément à l'art. 92 al. 1 CPC, relative à l'entretien convenable de C_____ est supérieure à 10'000 fr. La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.2 Déposé en temps utile et dans la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision rendue sur mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC, l'appel est recevable.

1.3 Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables dans la mesure où la procédure concerne un enfant mineur (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et 296 al. 3 CPC; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2).

1.4 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d 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 139 III 86 consid 4.2; 131 III 473 consid. 2.3; 127 III 474 consid. 2b/bb, in JT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

2. L'appelant allègue des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles devant la Cour.

2.1 A teneur de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Toutefois, lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies, eu égard à la maxime inquisitoire illimitée (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

2.2 En l'espèce, les allégations et pièces nouvelles apportées par l'appelant sont pertinentes dans le cadre l'attribution de la garde de C_____ ainsi que de la fixation de son entretien convenable et de sa prise en charge. Elles sont par conséquent toutes recevables.

3. Le recourant fait grief au Tribunal d'avoir à tort déclaré irrecevable sa "réplique spontanée" du 16 août 2021.

3.1 Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir

accès au dossier, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre (ATF 139 II 489 consid. 3.3; 139 I 189 consid. 3.2.; 138 I 484 consid. 2.1; 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1). Il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part (ATF 139 I 189 consid. 3.2).

Il est du devoir du Tribunal de garantir aux parties un droit de réplique effectif dans chaque cas particulier. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 139 I 189 consid. 3.2 p. 192 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A_750/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.1; 5D_81/2015 du 4 avril 2016 consid. 2.3.2 et les références). Pour que le droit de réplique soit garanti, il faut que le Tribunal laisse un laps de temps suffisant à la partie concernée, entre la remise de la prise de position ou des pièces nouvelles et le prononcé de sa décision, pour qu'elle ait la possibilité de déposer des observations si elle l'estime nécessaire à la défense de ses intérêts (ATF 146 III 97 consid. 3.4.1; 142 III 48 consid. 4.1.1; 138 I 484 consid. 2.4).

Selon la jurisprudence, le délai d'attente sur lequel doit compter le tribunal ne saurait, en règle générale, être inférieur à dix jours (arrêts du Tribunal fédéral 9C_345/2021 du 11 août 2021 consid. 3.1; 5A_750/2016 précité, *ibid*; 5A_1022/2015 du 29 avril 2016 consid. 3.2.2 et les références; 5D_81/2015 précité consid. 2.3.2 et 2.4.2 et les références), respectivement supérieur à celui pour recourir (en matière de poursuites arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2011 du 7 février 2012 consid. 2.2). Ce délai d'attente comprend le temps nécessaire au plaideur pour faire parvenir son éventuelle réplique au tribunal (arrêt du Tribunal fédéral 5D_81/2015 précité, *ibid*).

Si aucune réplique ne lui parvient durant ce délai, le juge peut valablement rendre son jugement au 10^{ème} jour (arrêts du Tribunal fédéral 5A_281/2020 du 27 avril 2021 consid. 1.2; 5D_81/2015 du 4 avril 2016 consid. 2.3.4, 2.4.1 et 2.4.2). Il s'en suit qu'en l'absence de réplique de la part d'une partie au dixième jour suivant la notification, le juge peut considérer que cette dernière a renoncé à se déterminer et statuer sans violer son droit d'être entendu (arrêt du Tribunal fédéral 5A_281/2020 du 27 avril 2021 consid. 1.2).

Le Tribunal fédéral a également considéré qu'une détermination formulée au bénéfice du droit de réplique ne pouvait pas être écartée pour le motif qu'elle

aurait été déposée plus de vingt jours après la dernière communication du Tribunal si le jugement n'a pas encore été rendu à la réception de celle-ci (RSPC 2013 460).

Par ailleurs, les règles relatives à la computation des délais s'appliquent au droit de réplique (arrêt du Tribunal fédéral 4D_79/2014 du 23 janvier 2015 consid. 2).

En résumé, la pratique du Tribunal fédéral ne traite pas tant de la question de savoir jusqu'à quand la partie qui entend répliquer peut le faire mais plutôt du moment à partir duquel l'autorité est en droit de rendre une décision, soit en général une dizaine de jours après la notification de l'acte (HALDY, Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 7a ad art. 53 CPC).

3.2 En l'espèce, le juge de première instance a considéré que les déterminations de l'appelant du 16 août 2021 étaient irrecevables en raison de leur production postérieure au délai de 10 jours, fixé comme règle générale.

L'écriture responsive de l'intimée a été notifiée à l'appelant le 4 août 2021, de sorte que le délai de réplique était, en prenant en compte le délai de 10 jours précité, au 14 août 2021, soit un samedi. Dès lors que l'appelant a déposé ses déterminations au Tribunal le lundi 16 août 2021, celles-ci sont recevables. L'appel se révèle fondé sur ce point.

3.3 Le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance entreprise sera par conséquent annulé.

4. L'appelant reproche ensuite au Tribunal d'avoir rendu son ordonnance sans entendre préalablement les parties.

4.1 Les mesures protectrices de l'union conjugale étant soumises à la procédure sommaire (cf. consid. 1.4), sous réserve des art. 272 et 273 CPC, le Tribunal établit les faits d'office (art. 272 CPC). Il tient une audience. Il ne peut y renoncer que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté (art. 273 al. 1 CPC). 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).

L'art. 273 al. 1 CPC 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 (TAPPY, Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2019, n. 20 ad art. 276 CPC) 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; TAPPY, op. cit., n. 19 ad art. 273 CPC).

La Cour a rappelé, dans plusieurs décisions, la nécessité, pour le juge saisi d'une requête de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de divorce ou de modification de mesures protectrices de l'union conjugale, de tenir une audience en toute hypothèse (cf. notamment ACJC/575/2021 du 10 mai 2021 consid. 3.1.2; ACJC/537/2019 du 10 avril 2019 consid. 3.1.2).

4.2 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 les conclusions des parties sur mesures provisionnelles divergent et que de nombreux allégués sont contestés. Dès lors que la procédure porte sur le sort d'un enfant mineur et que les maximes inquisitoire et d'office s'appliquent, le premier juge devait entendre les parties, avant de rendre sa décision. Ce constat suffit à sceller l'issue de l'appel.

4.3 Par conséquent, l'ordonnance entreprise sera intégralement annulée.

La requête de mesures provisionnelles 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, se prononce sur les mesures d'instruction requises par l'appelant (audition de l'enfant et production d'une série de documents) et examine ensuite si les conditions de l'art. 179 CC sont réalisées, puis rende une nouvelle décision.

5. L'appelant se plaint d'avoir à tort été débouté de ses conclusions sur mesures provisionnelles.

5.1

5.1.1 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 1^{ère} 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).

5.1.2 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 ou de mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce, 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).

5.2 En l'espèce, l'appelant a agi en modification des mesures protectrices prononcées en novembre 2019 afin qu'il soit statué (à nouveau) sur la garde, les relations personnelles et le domicile de l'enfant, ainsi que sur la prise en charge de ses coûts.

Le Tribunal a retenu que la modification d'une convention ou d'un accord ratifié par le juge ne pouvait être admise qu'à des conditions restrictives. 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'appelant 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.

La cause sera également renvoyée au Tribunal pour examiner cette question.

- 6. 6.1** 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.

6.2 Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC), compensés avec l'avance de frais fournie, acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Ils seront mis à la charge de l'intimée, qui a conclu au rejet de l'appel (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée ne bénéficiant de l'assistance juridique que pour les frais de son conseil, les frais judiciaires d'appel demeureront à sa charge. Elle sera en conséquent condamnée à rembourser cette somme à l'appelant (art. 111 al. 2 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 8 septembre 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/652/2021 rendue le 25 août 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10606/2021-13.

Au fond :

Annule cette ordonnance.

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

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les compense avec l'avance de frais fournie, acquise à l'Etat de Genève, et les met à la charge de B_____.

Condamne B_____ à verser 800 fr. à A_____.

Dit que chaque partie supporte ses dépens d'appel.

Siégeant :

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

La présidente :

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE

La greffière :

Gladys REICHENBACH

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.