



POUVOIR JUDICIAIRE

C/16804/2020

ACJC/148/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 22 JANVIER 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée c/o Madame B_____, _____ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 octobre 2020, comparant par Me Rachel Duc, avocate, boulevard de Saint-Georges 72, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur C_____, domicilié c/o Madame B_____, _____ (GE), actuellement en poste restante, _____, intimé, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 février 2021.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/658/2020 du 29 octobre 2020, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant d'accord entre les parties, a autorisé les époux C_____ et A_____ à vivre séparés (chiffre 1 du dispositif), attribué à l'épouse la jouissance exclusive du domicile conjugal (ch. 2), ainsi que la garde des enfants D_____, née le _____ 2012 et E_____, né le _____ 2014 (ch. 3), réservé au père un large droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, à raison d'un week-end sur deux du vendredi 16h30 au dimanche 18h00, un mercredi après-midi sur deux pour les activités sportives dès 13h30 et jusqu'à 18h maximum et pendant la moitié des vacances scolaires (ch. 4), donné acte à A_____ de son engagement de ne pas emmener les deux enfants chez sa belle-mère, mais de proposer une sortie au parc si les deux mineurs avaient envie de voir leur grand-mère paternelle (ch. 5), donné acte à C_____ de son engagement de ne pas consommer du cannabis lorsqu'il exercera son droit de visite (ch. 6), lui a également donné acte de son engagement de payer à son épouse, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales non comprises, la somme de 300 fr. et l'y a condamné en tant que de besoin (ch. 7) et donné acte à C_____ de son engagement de verser les allocations familiales à son épouse et l'y a condamné en tant que de besoin (ch. 8); le Tribunal a par ailleurs renvoyé la question des frais judiciaires à la décision finale (ch. 9), n'a pas alloué de dépens (ch. 10), a condamné les parties à respecter les termes de l'ordonnance (ch. 11) et les a déboutées de toutes autres conclusions (ch. 12).
- B. a.** Le 18 novembre 2020, A_____ a formé appel contre l'ordonnance du 29 octobre 2020, reçue le 9 novembre 2020, concluant à l'annulation du chiffre 7 de son dispositif et cela fait à ce que C_____ soit condamné à lui verser, par mois et d'avance dès le 1^{er} septembre 2020, pour l'entretien des mineurs D_____ et E_____, allocations familiales en sus à compter du départ du domicile familial de C_____, les sommes indexées de 528 fr. 35 jusqu'au 17 juin 2022 pour D_____, puis 728 fr. 35; 528 fr. 35 jusqu'au 25 janvier 2024 pour E_____, puis 728 fr. 35, à ce que l'entretien convenable des deux mineurs soit fixé aux mêmes montants, et à ce que C_____ soit condamné au paiement des dépenses extraordinaires des deux enfants, avec suite de frais et dépens.

L'appelante a allégué n'avoir jamais donné son accord à ce que la contribution à l'entretien des deux mineurs soit limitée à 300 fr. par mois et par enfant. Elle a par ailleurs fait grief au Tribunal d'avoir statué sur mesures provisionnelles, alors qu'elle n'avait pas formulé de conclusions sur de telles mesures et qu'aucun accord n'avait été trouvé entre les parties. Elle a enfin reproché au Tribunal de n'avoir pas imputé à C_____ un revenu hypothétique.

A l'appui de son appel, l'appelante a produit un bordereau de pièces dont la plupart figuraient déjà dans la procédure de première instance, d'autres étant nouvelles.

b. C_____ n'a pas répondu à l'appel dans le délai qui lui avait été imparti pour ce faire.

c. Par avis du 10 décembre 2020, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. A_____, née le _____ 1980 et C_____, né le _____ 1978, tous deux de nationalité brésilienne, ont contracté mariage le _____ 2018 à _____ (_____/Brésil).

Les parties ont donné naissance à deux enfants : D_____, née le _____ 2012 et E_____, né le _____ 2014, tous deux à Genève.

b. Par acte du 28 août 2020, A_____ a formé une requête de mesures superprovisionnelles et de mesures protectrices de l'union conjugale concluant, en ce qui concernait la contribution à l'entretien des enfants, seul point litigieux devant la Cour, à la condamnation de C_____ à payer, pour chacun des enfants, les sommes mentionnées sous lettre B.a ci-dessus.

c. Par ordonnance du 1^{er} septembre 2020 rendue sur mesures superprovisionnelles, la Présidente du Tribunal a autorisé les époux à vivre séparés, attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal à l'épouse, l'époux étant condamné à le quitter et à en restituer les clés, cette injonction étant prononcée sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP et l'épouse étant autorisée à faire appel à la force publique afin d'assurer l'exécution de ce qui précède, la requête ayant été rejetée pour le surplus, l'ordonnance relevant notamment que s'agissant des aspects financiers, le Tribunal ne pouvait statuer en l'absence de tout élément relatif aux revenus et aux charges de l'époux.

d. Les parties ont été entendues par le Tribunal le 5 octobre 2020, audience au cours de laquelle A_____ était assistée de son conseil, C_____ s'étant présenté seul.

Il résulte du procès-verbal de cette audience, qu'il n'apparaît pas nécessaire de reprendre dans son intégralité et mot à mot, que le Tribunal a informé les parties de ce qu'il avait sollicité l'établissement d'un rapport auprès du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale. A_____ a déclaré persister dans les conclusions de sa requête. C_____ pour sa part a indiqué accepter la séparation et être d'accord pour que la garde des enfants, ainsi que la jouissance du domicile conjugal, soient attribuées à son épouse. Il a par ailleurs

fourni des explications concernant sa situation personnelle, indiquant être au chômage et percevoir 3'400 fr. par mois, hors allocations familiales, qu'il s'engageait à verser à son épouse; il était à la recherche d'un emploi dans le domaine du transport. Il avait trouvé un hôtel-résidence en France, pour un prix de 650 euros par mois, plus l'eau et l'électricité; sa prime d'assurance maladie s'élevait à 350 fr. par mois et il était tenu de verser une contribution de 350 fr. par mois pour sa fille âgée de vingt ans, issue d'une précédente union, contribution qu'il ne parvenait pas à payer et dont il allait demander la réduction.

A ce stade de l'audience, C_____ a indiqué ce qui suit: *"Je suis d'accord de verser 300 fr. par mois et par enfant et verser à Madame les allocations familiales"*. Le procès-verbal fait état de la réponse suivante de A_____ : *"Je fournirai mes coordonnées bancaires à Monsieur en les transmettant à mon avocate"*.

Les parties ont ensuite abordé la question du droit de visite et A_____ a déclaré être d'accord pour que son époux voie les enfants un week-end sur deux du vendredi à 16h30 jusqu'au dimanche à 18h00, ainsi que le mercredi après-midi pour les activités sportives, selon des horaires qu'elle a définis, le père devant en outre avoir droit à la moitié des vacances scolaires. C_____ s'est ensuite exprimé sur sa consommation de stupéfiants et s'est engagé à transmettre au Tribunal les résultats d'un test qu'il allait subir et qui devait se dérouler sur quatre mois; il s'est en outre engagé à ne jamais fumer de cannabis lors du droit de visite. A_____ a, pour sa part, pris l'engagement de ne pas emmener les enfants chez la mère de son époux, mais de proposer une sortie au parc si les enfants manifestaient l'envie de voir leur grand-mère paternelle, proposition que C_____ a acceptée. Pour le surplus, ce dernier s'est engagé à produire ses relevés bancaires, ses fiches de salaire et son certificat de salaire 2019, ainsi que ses fiches de chômage, l'adresse de son logement en France et le coût de celui-ci.

Au terme de l'audience, le Tribunal a indiqué ce qui suit sur le procès-verbal que les parties ont signé et qui leur a été immédiatement communiqué pour notification: *"Sur quoi, le Tribunal rendra une ordonnance sur mesures provisionnelles dans le sens de l'accord des parties et fixera, au fond, une audience de suite de comparution personnelle des parties et plaidoiries orales dès réception du rapport du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale et du rapport médical de Monsieur"*.

Un délai au 30 octobre 2020 a enfin été accordé à C_____ pour produire les différents documents mentionnés ci-dessus.

e. Par courrier du 7 octobre 2020, le conseil de A_____ a indiqué au Tribunal qu'après réflexion, cette dernière souhaitait que le droit de visite ait lieu un

mercredi sur deux et non pas tous les mercredis, afin que les parents partagent également le temps de loisir des enfants.

f. Le 29 octobre 2020, le Tribunal a rendu l'ordonnance attaquée.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est dirigé contre une décision prise sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans le cadre d'une procédure qui portait, devant le Tribunal de première instance, notamment sur la garde d'enfants mineurs et l'organisation des relations personnelles, de sorte qu'elle peut être qualifiée de non pécuniaire dans son ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1). Par ailleurs et au vu des conclusions pécuniaires prises par les parties devant le Tribunal, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. La voie de l'appel est ouverte.

L'appel a, au surplus, été introduit selon la forme prescrite et dans les dix jours à compter de la notification de la décision attaquée, la présente cause étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d; 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Il est ainsi recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). La contribution due à l'entretien d'un enfant est soumise à la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC), ce qui a pour conséquence que le juge n'est pas lié par les conclusions des parents.

2. **2.1** Selon 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 la diligence requise (let. b).

Dans les causes de droit de la famille concernant des enfants mineurs, eu égard à l'application des maximes d'office et inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *novas* même si les conditions de l'art. 317 CPC ne sont pas réunies, dans la mesure où ils servent à rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1; ACJC/280/2018 du 6 mars 2018 consid. 2.1).

2.2 En l'espèce et compte tenu de l'issue de la procédure, la question de la recevabilité des pièces nouvelles produites en appel peut demeurer indécise.

3. **3.1.1** Une convention sur les effets accessoires du divorce est une manifestation de volonté qui doit être interprétée selon les mêmes principes que les autres contrats. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-

dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention. Si elle aboutit, cette démarche conduit à une constatation de fait. Au stade des déductions à opérer sur la base d'indices, lesquelles relèvent elles aussi de la constatation des faits, le comportement que les cocontractants ont adopté dans l'exécution de leur accord peut éventuellement dénoter de quelle manière ils l'ont eux-mêmes compris, et révéler par là leur réelle et commune intention (ATF 132 III 626 consid. 3.1; 129 III 675 consid. 2.3).

3.1.2 Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC).

3.2.1 En l'espèce, l'appelante a fait grief au Tribunal d'avoir statué sur mesures provisionnelles, alors qu'elle n'avait pas sollicité le prononcé de telles mesures.

La question de l'utilité du prononcé, dans la présente cause, de mesures provisionnelles peut certes se poser, la procédure n'étant pas destinée à durer dans le temps, sous réserve de l'attente du rapport du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale. La position adoptée par l'appelante n'est toutefois pas cohérente. En effet, si elle était opposée au prononcé de mesures provisionnelles, elle aurait dû conclure, devant la Cour, à l'annulation pure et simple de l'ordonnance attaquée, dans son intégralité; or, elle s'est contentée de conclure à l'annulation du chiffre 7 de son dispositif et à la fixation de contributions d'entretien plus élevées pour les enfants, renonçant ainsi implicitement à contester le principe même du prononcé de mesures provisionnelles, dont elle semble finalement admettre la nécessité.

Pour le surplus, la Cour relève également que la volonté du Tribunal de prononcer des mesures provisionnelles ressort expressément du procès-verbal de l'audience du 5 octobre 2020, remis aux parties le jour-même. Or, l'appelante, pourtant assistée de son conseil, n'a pas réagi à réception dudit procès-verbal, ni dans le courrier qu'elle a adressé au premier juge le 7 octobre 2020 afin de préciser sa position en ce qui concernait le droit de visite. Si réellement l'appelante avait été opposée au prononcé de mesures provisionnelles "dans le sens de l'accord des parties", elle n'aurait pas manqué de le faire savoir au Tribunal, à tout le moins dans son pli du 7 octobre 2020. La position de l'appelante devant la Cour est par conséquent en contradiction avec le comportement qu'elle a adopté précédemment et est, de ce fait, contraire au principe de la bonne foi et insoutenable.

3.2.2 L'appelante soutient par ailleurs ne pas avoir accepté de limiter la contribution à l'entretien des deux mineurs à 300 fr. par mois.

L'intimé s'est déclaré d'accord, lors de l'audience du 5 octobre 2020, de verser la somme de 300 fr. par mois et par enfant, en sus des allocations familiales. Il eût certes été préférable que le procès-verbal mentionne formellement l'accord de l'appelante sur ce point. Toutefois, la phrase prononcée par cette dernière, à savoir: "*Je fournirai mes coordonnées bancaires à Monsieur en les transmettant à mon avocate*", qui faisait immédiatement suite à l'engagement pris par l'intimé de s'acquitter mensuellement du montant mentionné ci-dessus, ne peut être interprétée que comme une acceptation dudit engagement. A défaut, l'appelante, assistée de son conseil, n'aurait pas manqué de réagir à cette proposition en s'y opposant ou en émettant des réserves, au lieu d'indiquer vouloir transmettre à l'intimé ses coordonnées bancaires, sous-entendu afin de permettre le versement des sommes mentionnées. La Cour rappellera en outre que l'ordonnance attaquée n'a statué que sur mesures provisionnelles, autrement dit exclusivement pour la durée de la procédure. L'appelante conserve par conséquent la possibilité, sur le fond, de maintenir les conclusions prises initialement et qui portaient sur le versement de contributions d'entretien pour les enfants plus élevées que la somme de 300 fr. par mois fixée sur mesures provisionnelles.

Infondé et à la limite de la témérité, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée, sans que la Cour n'ait à se déterminer sur la prise en considération d'un revenu hypothétique pour l'intimé.

4. Les frais judiciaires de la procédure d'appel seront fixés à 800 fr. et mis à la charge de l'appelante, qui succombe. Celle-ci ayant toutefois été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, ils seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimé, agissant d'une part en personne et ne s'étant, d'autre part, pas manifesté devant la Cour.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/658/2020 du 29 octobre 2020 rendue par le Tribunal de première instance dans la cause C/16804/2020-20.

Au fond :

Confirme l'ordonnance attaquée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 800 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Roxane DUCOMMUN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Roxane DUCOMMUN

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 de l'art. 98 LTF.

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