



## POUVOIR JUDICIAIRE

C/17080/2019

ACJC/536/2020

**ARRÊT****DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 9 AVRIL 2020**

Entre

**Madame A**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_ [GE], appelante d'une ordonnance rendue par la 13<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 décembre 2019, comparant par Me Ninon Pulver, avocate, route de Florissant 64, 1206 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_[GE], intimé, comparant par Me Stella Fazio, avocate, rue Bellot 2, 1206 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 30 avril 2020.

---

## **EN FAIT**

**A. a.** Par jugement du 31 janvier 2017, le Tribunal de première instance, statuant d'accord entre les parties, a notamment prononcé le divorce de A\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_ (chiffre 1 du dispositif), maintenu l'autorité parentale conjointe des parties sur les enfants C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ (ch. 2), prononcé une garde alternée sur les enfants, devant s'exercer, sauf accord contraire des parents, selon les conclusions d'accord des parties du 24 janvier 2017 (ch. 3), dit que le domicile légal des enfants était chez leur mère (ch. 4), donné acte à B\_\_\_\_\_ de son engagement à verser à A\_\_\_\_\_, à titre de contribution à l'entretien des enfants, par mois, d'avance et par enfant, outre les allocations familiales ou d'études éventuellement versées, 2'750 fr. jusqu'à l'âge de 13 ans et 2'850 fr. jusqu'à la majorité, voire au-delà mais jusqu'à 25 ans au plus, si l'enfant bénéficiaire poursuit une formation professionnelle ou des études sérieuses et régulières (ch. 5).

**b.** Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 26 juillet 2019, B\_\_\_\_\_ a formé une requête en modification de jugement de divorce, avec mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

Sur mesures superprovisionnelles, il a conclu à ce que le Tribunal lui attribue la garde exclusive sur D\_\_\_\_\_, réserve à A\_\_\_\_\_ un droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire entre les parties, une semaine sur deux le samedi ou le dimanche de 10h30 à 18h en présence d'un tiers garant, ordonne l'inscription provisoire de l'enfant D\_\_\_\_\_ pour la rentrée scolaire 2019 à l'école [publique] de E\_\_\_\_\_ [GE] et l'autorise à faire suivre l'enfant D\_\_\_\_\_ par un pédopsychiatre ou un psychologue.

Sur mesures provisionnelles, il a conclu à ce que le Tribunal modifie les chiffres 3, 4 et 5 du jugement de divorce, lui attribue la garde exclusive sur l'enfant D\_\_\_\_\_, réserve à A\_\_\_\_\_ un droit de visite à exercer, sauf accord contraire entre les parties, une semaine sur deux le samedi ou le dimanche de 10h30 à 18h et en présence d'un tiers de confiance, ordonne l'inscription définitive de l'enfant D\_\_\_\_\_ pour la rentrée scolaire 2019 à l'école de E\_\_\_\_\_, l'autorise à faire suivre l'enfant D\_\_\_\_\_ par un pédopsychiatre ou un psychologue, ordonne qu'un bilan psychoaffectif/expertise familiale soit établi pour obtenir un cadre complet de l'environnement des enfants, l'exhorte, ainsi que A\_\_\_\_\_, à entreprendre une médiation du groupe familial et dise qu'aucune contribution d'entretien n'est due par lui-même en faveur de l'enfant D\_\_\_\_\_.

**c.** Par ordonnance du 29 juillet 2019, le Tribunal a rejeté la requête sur mesures superprovisionnelles formée par B\_\_\_\_\_.

**d.** Le 14 août 2019, le Tribunal a demandé au Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) d'établir un rapport d'évaluation sociale, avec audition des enfants.

**e.** Lors de l'audience du 17 septembre 2019, les parties se sont mises d'accord sur l'inscription de D\_\_\_\_\_ à [l'école privée] F\_\_\_\_\_ et sur la mise en place d'une médiation avec C\_\_\_\_\_.

**f.** A l'audience du 4 novembre 2019, B\_\_\_\_\_ a expliqué que l'intégration de D\_\_\_\_\_ à [l'école privée] F\_\_\_\_\_ s'était mal passée, à tel point qu'un jour son fils avait fait une grosse crise, avec agressivité, en arrivant à l'école, de sorte que son épouse avait emmené l'enfant aux HUG. D\_\_\_\_\_ avait pu voir un pédiatre ainsi qu'un pédopsychiatre.

Les parties se sont mises d'accord sur l'inscription de D\_\_\_\_\_ à l'école de E\_\_\_\_\_.

Lors de cette audience, A\_\_\_\_\_ a déposé des écritures sur mesures provisionnelles. Outre les conclusions relatives aux enfants, elle a conclu à ce B\_\_\_\_\_ soit condamné à lui verser une *provisio ad litem* de 10'000 fr.

**g.** Le 18 novembre 2019, l'intervenant du SEASP a écrit aux parents pour leur rappeler qu'ils s'étaient entendus quant aux modalités et principes de la garde de leurs enfants, à savoir notamment qu'ils s'étaient engagés à tout faire pour assurer eux-mêmes les changements de garde en amenant ou récupérant eux-mêmes les enfants à l'école, le cas échéant au parascolaire ou chez l'autre parent, que D\_\_\_\_\_ passerait un week-end sur deux auprès de sa mère, du vendredi soir après le parascolaire au lundi matin retour à l'école, partagerait avec sa mère le repas de midi une fois par semaine le jeudi suivant le week-end de visite et le mardi précédent le week-end de visite suivant, que D\_\_\_\_\_ recevrait un téléphone de sa mère au minimum tous les deux jours avant le repas du soir lorsqu'il était chez son père et un téléphone d'une courte durée de la part de son père le samedi avant le repas du soir lorsqu'il était chez sa mère, que C\_\_\_\_\_ pourrait voir son père d'entente avec lui à l'occasion d'une demi-journée chaque week-end, la répartition des vacances de fin d'année étant convenue d'entente entre les parents et l'adolescent. Le SEASP avait prévu un calendrier jusqu'au 3 février 2020 et de faire le point au plus tard le 6 janvier 2020. Il a également confirmé que les parents s'étaient entendus pour poursuivre le suivi psychologique de D\_\_\_\_\_ et mettre en place un suivi psychologique concernant C\_\_\_\_\_.

**h.** A l'audience de plaidoiries sur mesures provisionnelles du 27 novembre 2019 du Tribunal, B\_\_\_\_\_ a déposé des nouvelles conclusions sur mesures provisionnelles, concluant notamment au déboutement de A\_\_\_\_\_ de ses conclusions sur mesures provisionnelles du 4 novembre 2019.

Cette dernière, a conclu au rejet des mesures provisionnelles sollicitées par B\_\_\_\_\_ et, subsidiairement, a persisté dans les conclusions mentionnées dans ses conclusions du 4 novembre 2019.

- B.** Par ordonnance OTPI/790/2019 du 17 décembre 2019, le Tribunal a débouté B\_\_\_\_\_ des fins de sa requête de mesures provisionnelles (ch. 1 du dispositif), réservé sa décision finale quant au sort des frais judiciaires (ch. 2), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

En substance, le Tribunal a retenu que la situation s'était modifiée depuis le prononcé du jugement de divorce dès lors que l'enfant C\_\_\_\_\_ vivait désormais chez sa mère et que les parties s'étaient accordées pour que l'enfant D\_\_\_\_\_ vive temporairement chez son père. Ces modifications n'imposaient toutefois pas le prononcé de mesures provisionnelles urgentes puisque les parties s'étaient mises d'accord s'agissant des modalités de la garde, des droits de visite et du suivi médical des enfants, sans intervention judiciaire comme cela ressortait des courriers adressés aux parties par l'intervenant en protection en date du 18 novembre 2019. En outre, le rapport d'évaluation sociale demandé au SEASP devait être rendu dans un proche avenir, si bien que les circonstances ne justifiaient pas une décision sur mesures provisionnelles pour la durée de la procédure, étant relevé que le prononcé d'une telle décision serait susceptible de préjuger le jugement à venir.

Le Tribunal a fait application de l'art. 104 al. 1 et 3 CPC pour réserver le sort des frais judiciaires et statué qu'aucun dépens ne serait alloué.

- C. a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 23 décembre 2019, A\_\_\_\_\_ appelle de cette ordonnance, reçue le 20 décembre 2019. Elle conclut à l'annulation des chiffres 3 et 4 du dispositif de cette décision, à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamné à lui verser une *provisio ad litem* de 10'000 fr. et condamné en tous les dépens de l'instance comprenant une participation aux honoraires d'avocat.

Elle reproche au Tribunal de ne pas s'être prononcé sur sa conclusion tendant au paiement d'une *provisio ad litem* et de ne pas lui avoir accordé de dépens, alors que B\_\_\_\_\_ a succombé dans ses conclusions sur mesures provisionnelles et compte tenu de la disproportion des situations financières des parties.

- b.** B\_\_\_\_\_ conclut à l'irrecevabilité de l'appel et, subsidiairement, au déboutement de A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

Il fait valoir que A\_\_\_\_\_ n'a pas suffisamment motivé son appel pour qu'il soit recevable et que les conclusions en *provisio ad litem* ayant été prises à titre subsidiaire, le Tribunal n'avait pas à statuer sur ce point puisque ses conclusions principales avaient été rejetées.

---

c. A\_\_\_\_\_ ayant renoncé à dupliquer, les parties ont été informées par plis du 11 février 2020 de ce que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

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

En l'espèce, l'appelante a notamment conclu au versement d'une *provisio ad litem* de 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel a été introduit dans les dix jours à compter de la notification de la décision attaquée et selon la forme prescrite, la présente cause étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC). Il est en outre suffisamment motivé dès lors que l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir statué sur sa conclusion en versement d'une *provisio ad litem* et de ne pas lui avoir alloué de dépens alors que l'intimé avait succombé dans toutes ses conclusions.

Partant, l'appel est recevable.

2. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir statué sur sa demande de *provisio ad litem*.

2.1 L'obligation d'une partie de faire à l'autre l'avance des frais du procès pour lui permettre de sauvegarder ses intérêts (*provisio ad litem*) découle du devoir général d'entretien et d'assistance des conjoints (art. 163 CC; ATF 117 II 127 consid. 6). Le devoir général d'entretien entre époux (art. 163 CC), tout comme le devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC), ne vaut que durant le mariage, de sa conclusion à sa dissolution, par la mort ou par l'entrée en force d'un jugement de divorce (PICHONNAZ, Commentaire romand, CCI, 2010, n. 12 ad art. 163 CC), le devoir de verser une *provisio ad litem* perdurant durant la procédure de divorce, même si le jugement le prononçant n'est attaqué que sur les effets accessoires du divorce (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_631/2018 du 15 février 2019 consid. 7.2.2.3). Le devoir d'assistance n'existe en revanche pas pour le concubin (ATF 142 III 36 consid. 2.3).

Une partie minoritaire de la doctrine estime que le versement d'une *provisio ad litem* devrait être tiré de l'obligation d'entretien et ainsi subsister après le divorce, par exemple en cas d'action en modification du jugement de divorce (BURGAT, Commentaire Pratique - Droit matrimonial, 2016, n. 15 ad art. 159 CC; HAUSSER/REUSSER/GEISER, Commentaire bernois, n. 38 et 38a ad art. 159 CC). Cela étant rien ne justifie que l'on s'écarte de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qui considère que le devoir d'assistance entre époux prend fin à l'issue de la procédure de divorce.

**2.2** En l'espèce, le Tribunal a certes omis de statuer sur la conclusion de l'appelante tendant au versement d'une *provisio ad litem*. La cause ne sera toutefois pas renvoyée au premier juge dès lors que la Cour est en mesure de statuer sur ce point. En effet, les parties étant divorcées depuis 2017, les règles issues des effets du mariage ne sont plus applicables, de sorte que l'appelante ne peut pas prétendre au versement d'une *provisio ad litem*.

Par conséquent, l'appelante sera déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 3.** L'appelante fait également grief au Tribunal de ne pas lui avoir accordé de dépens pour la première instance.

**3.1** Les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 1<sup>ère</sup> phrase CPC). Le juge peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC) ou des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (art. 107 al. 1 let. f CPC).

La loi accorde au tribunal une marge de manœuvre pour recourir à des considérations d'équité. Le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation non seulement quant à la manière dont les frais seront répartis, mais aussi et en particulier quant au fait même de déroger aux principes généraux de répartition résultant de l'art. 106 CPC (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_535/2015 du 1 juin 2016 consid. 6.4.1 et les réf. cit.).

Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC). Les conclusions des parties à cet égard doivent être considérées comme de simples suggestions qui, comme telles, ne sont pas visées par la maxime de disposition (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_692/2015 du 1<sup>er</sup> mars 2017 consid. 8.2, non publié aux ATF 143 III 206).

**3.2** En l'espèce, le Tribunal n'a pas motivé sa décision de ne pas allouer de dépens.

Cela étant, cette décision est conforme au droit compte tenu du caractère familial du litige et du fait que l'intimé n'a pas véritablement succombé puisque le Tribunal l'a notamment débouté compte tenu de l'accord des parties et afin de pas préjuger de l'action au fond devant intervenir prochainement.

Compte tenu de ce qui précède et du pouvoir d'appréciation du Tribunal, la décision querellée sera confirmée en tant qu'elle renonce à l'allocation de dépens.

**3.3** Les frais judiciaires de la procédure d'appel seront fixés à 500 fr. (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 al. 1 CPC; art. 31 et 37 RTFMC). Ils sont couverts par l'avance de frais de 500 fr. opérée par l'appelante en seconde instance, laquelle demeure

acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Ils seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Vu la nature du litige, les parties supporteront leurs propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let c. CPC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 23 décembre 2019 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/790/2019 rendue le 17 décembre 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/17080/2019-13.

**Au fond :**

Confirme cette décision.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires d'appel à 500 fr., les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance fournie par celle-ci, laquelle demeure entièrement acquise à l'Etat de Genève.

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

**Siégeant :**

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Christel HENZELIN

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 113 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 constitutionnel subsidiaire.*

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

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.*