

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23358/2016

ACJC/147/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 2 FEVRIER 2018

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 18 septembre 2017, comparant par Me Philippe Currat, avocat, rue de Saint-Jean 73, 1201 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Claudio Fedele, avocat, rue Saint-Léger 6, case postale , 1211 Genève 4, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 13 février 2018.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/11556/2017 du 18 septembre 2017, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a autorisé A_____ et B_____ à vivre séparés (chiffre 1 du dispositif), a attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal et du mobilier le garnissant (ch. 2), a maintenu l'autorité parentale conjointe sur les deux enfants du couple (ch. 3), a attribué la garde des enfants à leur père (ch. 4), a exhorté les parties à entreprendre une médiation aux fins d'améliorer leur collaboration parentale (ch. 5), a dit qu'A_____ ne se verra pas réserver de droit aux relations personnelles avec ses enfants tant qu'elle n'aura pas effectué un travail thérapeutique mère-enfants (ch. 6), a exhorté A_____ à entreprendre un tel travail (ch. 7), l'a condamnée à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales et d'études non comprises, à titre de contribution à l'entretien des enfants C_____ et D_____, la somme de 700 fr. chacun dès le 1^{er} février 2017 (ch. 8 et 9), a dit que l'entretien convenable des enfants s'élève à 700 fr. par mois et par enfant (ch. 10), a prononcé lesdites mesures pour une durée indéterminée (ch. 11), a arrêté les frais judiciaires à 1'000 fr., à charge des parties pour moitié chacune et les a partiellement compensés avec l'avance de 200 fr. versée par B_____, condamnant ce dernier à verser 300 fr. et A_____ 500 fr. à l'Etat de Genève (ch. 12 à 14), n'a pas alloué de dépens (ch. 15) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 16).
- B. a.** Le 27 septembre 2017, A_____ a formé appel contre le jugement du 18 septembre 2017, reçu le lendemain, concluant à son annulation et à ce que la cause soit rayée du rôle, les frais étant laissés à la charge de l'Etat.

L'appelante a également conclu à ce que les faits de la cause soient revus :

"a. En retenant les pièces produites par l'appelante avec les présentes écritures en complément des considérants 4, 5 et 6 du jugement querellé;

b. En écartant du dossier le courrier de l'intimé du 6 juin 2017 et en annulant le considérant 9 y relatif du jugement querellé."

L'appelante a produit cinq pièces nouvelles (A à E).

b. Dans sa réponse du 13 novembre 2017, B_____ a conclu au déboutement de l'appelante de ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

c. Par avis du 24 novembre 2017, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits suivants ressortent du dossier soumis à la Cour de justice :

a. B_____, né le _____ 1967 et A_____, née le _____ 1977, ont contracté mariage le 1^{er} février 2002 à Genève.

Le couple a donné naissance à deux enfants : C_____, née le _____ 2001 et D_____, né le _____ 2007.

b. Par acte déposé au greffe du Tribunal le 25 novembre 2016, A_____ et B_____, agissant en personne, ont formé une requête commune de mesures protectrices de l'union conjugale. Ils expliquaient que leur relation de couple s'était dégradée depuis que B_____ avait été victime d'un grave accident de la route au mois de mai 2012. Les parties avaient par conséquent décidé, d'un commun accord, de déposer une demande de séparation, afin d'éviter les conflits devenus de plus en plus fréquents, tout en continuant de vivre sous le même toit, pour le bien des enfants. Les parties n'ont pas pris de conclusions plus précises.

c. Par courrier du 19 janvier 2017, le Ministère public a informé le Tribunal de ce qu'il était en charge d'une procédure pénale, qui faisait suite à des plaintes pénales déposées par A_____ et B_____ pour injures, menaces et lésions corporelle simples aggravées. Dans ce contexte, le Tribunal des mesures de contrainte avait notamment interdit à A_____ de se rendre au domicile familial ainsi que d'entrer en contact avec son époux et ses enfants, jusqu'à décision contraire du Ministère public.

d. Il ressort du rapport rendu le 6 avril 2017 par le Service de protection des mineurs que le 21 novembre 2016, A_____ avait frappé la cheville plâtrée de sa fille au moyen d'une béquille, alors qu'elle était en état d'ébriété; le 15 janvier 2017, elle avait à nouveau frappé sa fille, sur la tête et sur les bras, tout en l'insultant. Le Service de protection des mineurs préconisait d'attribuer la garde des enfants à leur père, qui paraissait apte à s'en occuper et de ne pas fixer de droit de visite à la mère sans un travail thérapeutique préalable. Une médiation pour le couple parental paraissait nécessaire, ainsi qu'un travail thérapeutique mère-enfants.

e. Par courrier du 9 mai 2017 adressé au Tribunal, A_____ a déclaré retirer sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale.

f. Une audience devant le Tribunal a eu lieu le 24 mai 2017, lors de laquelle B_____ était assisté d'un avocat, A_____ bénéficiant pour sa part de l'assistance de deux conseils.

Lors de cette audience, B_____ s'est opposé au retrait de la requête de mesures protectrices et a fait état de son souhait de modifier ses conclusions initiales, sa partie adverse ayant indiqué qu'elle répondrait à la requête de son époux. Celui-ci

a conclu à l'attribution en sa faveur de la garde des enfants et du domicile conjugal, à la suppression de tout droit de visite en faveur de son épouse et à une limitation des droits de celle-ci s'agissant des questions relatives à la scolarité des enfants. Il a également conclu au versement par A_____, à compter du 15 janvier 2017, d'une contribution d'entretien, à fixer dès que la situation financière de son épouse serait connue et a sollicité le remboursement des allocations familiales qu'elle avait perçues. Sur mesures provisionnelles, il a sollicité que la question de la garde et des relations personnelles avec les enfants soit tranchée.

A_____ a confirmé le retrait de la requête de mesures protectrices. En réponse aux conclusions prises par son époux, elle a conclu à son tour à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal et a indiqué accepter les recommandations du Service de protection des mineurs concernant la garde des enfants et le droit de visite. Elle s'est opposée à la limitation de ses droits parentaux et a sollicité le versement d'une contribution à son entretien. Elle ne s'est pas opposée à ce que son époux perçoive les allocations familiales.

Il ressort du procès-verbal de l'audience qu'à ce moment-là, B_____ a déclaré retirer sa requête sur mesures provisionnelles.

A_____ a ensuite expliqué être au chômage depuis le 19 décembre 2016 et avoir travaillé, en gains intermédiaires, au service de la société E_____.

Les parties ont opté pour des plaidoiries finales écrites. Le Tribunal leur a fixé un délai au 12 juin 2017 pour déposer toutes les pièces relatives à leur situation financière et au 30 juin 2017 pour déposer leurs plaidoiries finales, les informant que la cause serait gardée à juger "sous dix jours dès réception des plaidoiries finales écrites, si aucune réplique n'est déposée".

g. Le 6 juin 2017, B_____ a adressé un courrier au Tribunal, afin de fournir des explications concernant la décision d'inscrire désormais les enfants à l'école publique, l'importance pour eux de demeurer dans la villa familiale, l'engagement pris par son épouse de procéder au renouvellement de leurs cartes d'identité et de leurs cartes d'assurance maladie qu'elle affirmait avoir perdues et le fait que cette dernière n'avait jamais demandé des nouvelles des enfants depuis le 15 janvier 2017.

h. Le 30 juin 2017, le conseil d'A_____ a sollicité le report au 4 juillet 2017 du délai pour déposer les plaidoiries écrites. Le Tribunal a fait droit à cette requête.

i. Dans ses plaidoiries écrites du 4 juillet 2017, A_____ a conclu à ce que la cause soit rayée du rôle. Elle a soutenu que les mesures protectrices de l'union conjugale étaient, par nature, des mesures provisionnelles, avec la précision qu'aucune mesure superprovisionnelle n'avait été requise par l'une ou l'autre des

parties. Or, elle avait retiré sa requête et son époux en avait fait de même lors de l'audience du 24 mai 2017; le Tribunal ne pouvait dès lors que rayer la cause du rôle.

j. Dans ses plaidoiries écrites du 4 juillet 2017, B_____ a confirmé, pour l'essentiel, les conclusions prises oralement lors de l'audience du 24 mai 2017, la limitation de l'autorité parentale de son épouse ne devant concerner que les questions médicales; elle devait par ailleurs être condamnée à lui verser la somme de 4'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de la famille, dès le 15 janvier 2017.

Dans une réplique spontanée du 13 juillet 2017 à la plaidoirie écrite d'A_____, B_____ a expliqué avoir sollicité, au début de l'audience du 24 mai 2017, le prononcé de mesures provisionnelles sur la question de la garde des enfants et des relations personnelles de ceux-ci avec leur mère, une telle manière de procéder étant conforme à la jurisprudence de la Cour de justice. C'est cette même requête qu'il avait retirée un peu plus tard, son épouse s'étant ralliée aux recommandations du Service de protection des mineurs.

D. a. Dans le jugement attaqué et sur la seule question pertinente en appel, le Tribunal a retenu que lors de l'audience du 24 mai 2017, B_____ avait exclusivement retiré sa conclusion formulée un peu plus tôt lors de cette même audience, qui portait sur la question de la garde et des relations personnelles sur les enfants, pour laquelle il avait sollicité le prononcé de mesures provisionnelles.

b. Dans son appel, A_____ a allégué que les faits avaient été constatés de manière inexacte dans les considérants 4, 5, 6 et 9 du jugement attaqué, le Tribunal n'ayant pas tenu compte des développements de la procédure pénale qui étaient pourtant intervenus avant le prononcé du jugement litigieux. Par ailleurs, le courrier de sa partie adverse du 6 juin 2017, auquel le Tribunal se référait au considérant 9 de son jugement, était irrecevable et ne lui avait pas été communiqué. Enfin, le jugement entrepris violait l'art. 241 CPC, puisqu'un désistement mettait immédiatement fin à la procédure. Or, les deux parties avaient déclaré retirer leur requête de mesures protectrices. La déclaration de retrait faite par B_____ lors de l'audience du 24 mai 2017 ne pouvait pas être comprise autrement, dans la mesure où une procédure de mesures provisionnelles au sein d'une autre procédure de même nature déjà pendante n'était juridiquement pas admissible. Il n'était dès lors pas possible de considérer qu'une requête spécifique sur la question de la garde des enfants et des relations personnelles avait été déposée le 24 mai 2017. Par ailleurs, la requête déposée d'un commun accord le 25 novembre 2016 ne pouvait être modifiée fondamentalement le 24 mai 2017, elle-même n'ayant pas consenti à une telle modification.

EN DROIT

- 1. 1.1** L'appel est recevable contre les jugements de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (ATF 137 III 475 consid. 4.1), 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. 2 CPC).

Les jugements de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire selon l'art. 271 let. a CPC, le délai d'introduction de l'appel est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

Compte tenu des conclusions prises en première instance, qui portaient notamment sur l'attribution de la garde des enfants, la cause doit être considérée comme non pécuniaire dans son ensemble. L'appel a par ailleurs été formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1 et 311 al. 1 CPC). Il est dès lors recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). La cognition du juge est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, les mesures protectrices de l'union conjugale étant ordonnées à la suite d'une procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve et limitation du degré de la preuve à la simple vraisemblance (art. 271 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1.3; ATF 130 III 321 consid. 5).

1.3 La maxime inquisitoire est applicable (art. 272 CPC).

1.4 Compte tenu des développements ci-dessous, la question de l'admissibilité des pièces nouvelles produites devant la Cour peut demeurer indécise.

- 2.** L'appelante se plaint d'une constatation inexacte de certains faits.

2.1 L'exigence d'un intérêt à recourir est requise pour l'exercice de toute voie de droit (ATF 130 III 102 c. 1.3; ATF 127 III 429 c. 1b).

En matière de recours, l'intérêt juridiquement protégé ne se rapporte pas à la lésion provoquée par le rejet total ou partiel d'une conclusion du recourant mais il suppose que la décision sur recours soit de nature à lui procurer l'avantage de droit matériel qu'il recherche. Il n'en est pas ainsi lorsque le juge n'est pas en mesure de modifier la situation juridique du recourant, quand bien même les moyens invoqués seraient fondés (ATF 114 II 189 c. 2).

2.2 En l'espèce, l'appelante a exclusivement conclu à l'annulation du jugement querellé et à la radiation de la cause du rôle, considérant que le Tribunal n'était pas

fondé à prononcer des mesures protectrices de l'union conjugale, la requête ayant été, selon elle, retirée par les deux parties. Il en découle que l'appelante n'a aucun intérêt à obtenir la rectification des faits retenus par le Tribunal, puisqu'une telle rectification serait, quoiqu'il en soit, dénuée de toute conséquence pratique.

Il ne sera par conséquent pas entré en matière sur cette question.

3. 3.1.1 La procédure sommaire s'applique aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC).

Le tribunal établit les faits d'office (art. 272 CPC).

Le tribunal tient une audience (art. 273 al. 1 CPC). L'intimé a la faculté de se déterminer à l'audience et d'y dicter au procès-verbal des allégations, offres de preuve ou conclusions, même s'il n'a pas fait usage d'un délai de déterminations écrites imparti par le juge. De même, des modifications ou compléments aux éléments avancés par écrit pourraient être introduits oralement, par les deux parties, jusqu'au début des délibérations (art. 229 al. 3 CPC par analogie), le cas échéant par dictée au procès-verbal (art. 252 al.1 2^{ème} phrase CPC). En pratique, les mesures protectrices concernent d'ailleurs souvent des situations évolutives justifiant d'invoquer de nouveaux éléments en cours de procédure (TAPPY, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, 2011, n. 23 ad art. 273 CPC).

Une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action a les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC). Le tribunal raye l'affaire du rôle (art. 241 al. 3 CPC).

Une partie est toujours libre de retirer, avec ou sans effet de chose jugée (cf. art. 65 CPC) une action que rien ne l'obligeait à intenter (TAPPY, op. cit. n. 11 ad art. 241).

3.1.2 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC).

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

3.2 Il résulte de la procédure que le 25 novembre 2016 les parties ont saisi le Tribunal d'une requête conjointe de mesures protectrices de l'union conjugale, faisant état de leur conflit conjugal et de leur volonté de vivre séparées, tout en continuant de demeurer sous le même toit. La Cour relève que compte tenu du caractère particulièrement lacunaire des conclusions prises, celles-ci auraient quoiqu'il en soit nécessité d'être complétées, voire totalement reformulées, lors de l'audience convoquée par le Tribunal conformément à l'art. 273 al. 1 CPC.

Par courrier du 9 mai 2017, l'appelante a indiqué au Tribunal qu'elle retirait sa requête, ce qu'elle a confirmé lors de l'audience du 24 mai 2017, son époux ayant pour sa part manifesté l'intention de maintenir la sienne et de modifier ses conclusions initiales, ce qu'il a fait en dictant celles-ci au procès-verbal. L'appelante, assistée de deux conseils, ne s'est pas opposée à cette façon de procéder, par ailleurs conforme à la loi, et a au contraire indiqué d'entrée de cause qu'elle entendait répondre à la requête de son époux, ses propres conclusions ayant également été dictées au procès-verbal. L'appelante est par conséquent particulièrement malvenue de prétendre devant la Cour qu'elle n'aurait pas consenti à la modification de la requête initiale de mesures protectrices de l'union conjugale, alors que l'attitude qu'elle a adoptée lors de l'audience du 24 mai 2017 démontre le contraire.

Il ressort du même procès-verbal qu'après avoir dicté ses conclusions, l'intimé a déclaré solliciter, sur mesures provisionnelles, que la question de la garde et des relations personnelles avec les enfants soit tranchée. Un peu plus tard lors de l'audience, il a indiqué retirer sa requête sur mesures provisionnelles. La question n'est pas tant de savoir, contrairement à ce que soutient l'appelante dans son argumentation spécieuse, s'il était juridiquement possible de solliciter le prononcé de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (le Tribunal fédéral ayant considéré, dans un arrêt 5A_870/2013 du 28 octobre 2014 consid. 5, qu'il n'était pas arbitraire d'en prononcer et la Cour les admettant notamment lorsque la procédure de mesures protectrices risque de se prolonger: ACJC/474/2016 du 8 avril 2016 consid. 2.1; ACJC/1237/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3.3.1), mais de déterminer ce que l'intimé avait en tête lorsqu'il a déclaré retirer sa requête de mesures provisionnelles.

Or, il découle du déroulement de l'audience que l'on ne saurait considérer que l'intimé entendait retirer la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, sa déclaration ne pouvant être comprise que comme portant sur les mesures provisionnelles sollicitées quelques instants auparavant. L'intimé a en effet très clairement manifesté, au début de l'audience, son intention d'obtenir le prononcé de mesures protectrices et a dicté ses conclusions au procès-verbal. Il a ensuite sollicité le prononcé de mesures provisionnelles sur la question de la garde des enfants et des relations personnelles, une telle requête pouvant être mise en relation avec les événements survenus depuis le dépôt de la requête conjointe de mesures protectrices, puisque postérieurement à ce dépôt, le Tribunal des mesures de contraintes avait fait interdiction à l'appelante de se rendre au domicile familial, ainsi que d'entrer en contact avec ses enfants. Celle-ci ayant déclaré qu'elle acceptait les recommandations du Service de protection des mineurs (lequel préconisait l'attribution de la garde des enfants au père et la renonciation à réserver un droit de visite à la mère tant que celle-ci n'aurait pas effectué un travail thérapeutique), l'intimé a déclaré retirer sa requête de mesures

provisionnelles. L'audience a toutefois suivi son cours, l'appelante ayant répondu à quelques questions sur son activité professionnelle, les parties ayant opté pour le dépôt de plaidoiries écrites et le Tribunal ayant fixé des délais pour la production des pièces portant sur la situation financière des parties et leurs mémoires écrits. Il ressort de ce qui précède que tant le Tribunal que l'appelante et ses deux conseils ont compris que la déclaration de retrait faite par l'intimé ne portait pas sur la procédure au fond, mais exclusivement sur les mesures provisionnelles sollicitées quelques instants auparavant. Si tel n'avait pas été le cas, il ne fait aucun doute que l'appelante, assistée encore une fois de deux conseils, n'aurait pas manqué de solliciter immédiatement que la cause soit rayée du rôle; tel n'a pas été le cas. Plus d'un mois plus tard, l'un des conseils de l'appelante a sollicité une prolongation du délai imparti pour le dépôt des plaidoiries écrites, sans se prévaloir du fait que, selon sa compréhension du déroulement de la procédure, celle-ci aurait dû être rayée du rôle. Ce n'est que dans ses plaidoiries finales déposées le 4 juillet 2017 que l'appelante a, pour la première fois, contrairement au texte pourtant clair du procès-verbal de l'audience du 24 mai 2017 et de mauvaise foi, soutenu une telle théorie, qui ne saurait être admise.

L'appel, téméraire, sera rejeté.

La Cour renoncera, à titre exceptionnel, à faire application de l'art. 128 al. 3 CPC et à infliger une amende disciplinaire à l'appelante et à son conseil.

- 4. 4.1** Les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC).

Le tribunal 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).

4.2 Les frais judiciaires, arrêtés à 1'250 fr. (art. 31 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile - RTFMC), seront compensés avec l'avance de frais versée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Conformément à l'art. 106 al. 1 CPC, ils seront intégralement mis à la charge de l'appelante, qui succombe. Son appel étant téméraire, il ne se justifie en effet pas de faire application de l'art. 107 al. 1 let. c CPC et de mettre une partie des frais à la charge de l'intimé.

4.3 Pour les mêmes motifs, l'appelante sera condamnée à verser à l'intimé la somme de 1'500 fr. à titre de dépens (art. 84, 86, 88 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/11556/2017 rendu le 18 septembre 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23358/2016-16.

Au fond :

Confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de l'appel à l'250 fr., les met à la charge d'A_____ et les compense avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser à B_____ la somme de l'500 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

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

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.