

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11135/2015

ACJC/1577/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 2 DECEMBRE 2016

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 21^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 19 avril 2016, comparant en personne,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, Genève, intimé, comparant par Me Karin Baertschi, avocate, rue du 31-Décembre 41, 1207 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 8 décembre 2016.

EN FAIT

- A.** Par jugement (JTPI/5061/2016) du 19 avril 2016 sur modification de jugement de divorce, le Tribunal de première instance a modifié le jugement JTPI/10272/2011 du 23 juin 2011 rendu dans la procédure C/5984/2011-5, "points" 5 à 7 dans le sens suivant : (chiffre 1 du dispositif), dit que la contribution due par B _____ à A _____ pour l'entretien de l'enfant C _____, né le _____ 2001 est supprimée avec effet au 15 juin 2015 et dit que B _____ est également dispensé de prendre en charge la moitié des frais extraordinaires de l'enfant (ch. 2), dit que le jugement JTPI/10272/2011 précité reste inchangé pour le surplus (ch. 3), arrêté les frais à l'000 fr., laissés à charge du demandeur, soit pour lui provisoirement l'Etat de Genève en raison de l'assistance judiciaire dont il bénéficiait sous réserve d'une décision fondée sur l'art. 123 CPC et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a considéré, sur la base d'un certificat médical de janvier 2016, que le demandeur en modification n'avait plus la capacité de verser la contribution d'entretien en faveur de son fils fixée par le jugement antérieur, étant en incapacité totale de travail depuis le 1^{er} janvier 2015 et qu'il n'y avait pas dès lors place pour lui imputer un revenu hypothétique.

- B.** Contre ce jugement, A _____ appelle par courrier adressé au greffe de la Cour le 4 mai 2016.

Elle fait grief au premier juge d'avoir retenu que l'intimé ne pouvait se voir imposer une contribution d'entretien, dans la mesure où les problèmes de santé de celui-ci n'empêchaient aucunement une reconversion professionnelle. Quoiqu'il en soit, la capacité contributive de l'intimé n'était pas amoindrie puisqu'à considérer qu'il ne puisse pas travailler, il serait pris en charge par diverses assurances sociales.

Par réponse à l'appel, l'intimé a conclu au rejet de celui-ci et à la confirmation du jugement attaqué. Il a relevé avoir produit un certificat médical retenant qu'il était en incapacité totale de travail depuis janvier 2015, l'atteinte à sa santé l'empêchant selon lui d'envisager une reconversion professionnelle. Il expose par ailleurs qu'il n'a pas le droit aux indemnités de chômage et a formé une demande de prestations d'invalidité. Il admet que si celle-ci aboutit, son enfant pourra toucher des prestations de ce chef.

- C.** Ressortent pour le surplus de la procédure les faits pertinents suivants :

a. Par jugement du 23 juin 2011, le Tribunal de Première Instance avait prononcé le divorce des époux B _____, né le _____ 1972, et A _____, née _____ le _____ 1974, et notamment attribué à A _____ l'autorité parentale et la garde de

l'enfant C_____, né le _____ 2001 à Genève, réservé à B_____ un large droit de visite sur l'enfant C_____, donné acte à B_____ de son engagement de verser à A_____, à titre de contribution à l'entretien de l'enfant C_____, par mois et d'avance, allocations familiales et d'études non comprises, les sommes de 900 fr. jusqu'à l'âge de 15 ans, 1'000 fr. de 15 ans jusqu'à la majorité et 1'100 fr. au-delà, jusqu'à 25 ans au maximum en cas de formation professionnelle ou d'études, donné acte à B_____ de son engagement à prendre en charge la moitié des frais extraordinaires de l'enfant et attribué le logement familial à A_____.

Ce jugement avait retenu que A_____ était employée à 100% par D_____ et percevait à ce titre un salaire mensuel net d'environ 5'200 fr. par mois, payable douze fois par an. B_____ travaillait à 100% en qualité de nettoyeur du domaine public à la voirie de E_____, et percevait à ce titre un salaire mensuel net d'environ 5'200 fr., payable treize fois par an.

b. Le 3 juin 2015, B_____ a sollicité la modification du jugement de divorce, soit la "révision de rente" au motif que la situation de son ex-épouse et la sienne s'étaient modifiées, lui-même ayant perdu son emploi depuis un mois alors. Par mémoire de complément de demande du 22 septembre 2015, il a conclu à la modification du jugement et à la réduction de la contribution à l'entretien de C_____ à 450 fr. par mois jusqu'aux 15 ans de l'enfant, puis à 500 fr. par mois, conclusions qu'il a modifiées le 16 novembre 2015, l'Hospice général ne prenant pas en charge la contribution à l'entretien de son fils. Il s'en est rapporté à justice quant à une modification du jugement de divorce, tout en soulignant qu'il n'avait aucune capacité contributive.

A_____ a refusé toute modification du jugement de divorce.

c. B_____ a été absent de son travail à E_____ pour cause de maladie pendant 24 mois. Le 27 janvier 2015, B_____ a été informé par son employeur que son traitement serait suspendu dès le 1^{er} mai 2015, en raison de l'échéance, le 30 avril 2015, du délai pour le versement des indemnités perte de gain. Jusqu'à cette date, le demandeur a reçu des indemnités pour un montant équivalent à 100% de son salaire, s'élevant à 5'542 fr. 15 nets.

Il a été licencié le 20 mai 2015 avec effet au 30 septembre 2015, pour le motif que les différentes allergies dont il souffre, dont les manifestations apparaissent tout au long de l'année, l'empêchent définitivement d'exécuter son travail.

d. Par un certificat médical établi le 29 janvier 2016, le médecin F_____ atteste d'une incapacité totale de travail de B_____, depuis le 1^{er} janvier 2015, pour une durée indéterminée. Ce certificat a été produit sur demande du Tribunal.

A teneur d'un rapport médical établi le 3 avril 2013 par ce même médecin, B_____ présente diverses allergies aux pollens et graminées ainsi qu'une dermite

de contact allergique, raison pour laquelle un changement de poste de travail avait été suggéré.

Il semble que B_____ soit également suivi par le Département de santé mentale et de psychiatrie des Hôpitaux universitaires de Genève. Une demande de prestations auprès de l'Assurance-Invalidité serait en cours d'instruction.

e. B_____ est assisté par l'Hospice général depuis le 1er juin 2015, à hauteur d'une somme d'environ 2'300 fr. par mois. Son loyer en 1'143 fr. est pris en charge à hauteur de 1'100 fr. par mois, ainsi que son assurance-maladie en 265 fr. 60.

f. De son côté, A_____ a donné naissance, le _____ 2014, à une fille, qui a été reconnue par son père le 28 juillet 2014. Lors de son audition en octobre 2015, A_____ ne faisait pas ménage commun avec le père de sa fille, mais avait indiqué être à la recherche d'un appartement plus grand pour emménager avec lui. Le père de l'enfant participait aux frais de garde et d'assurance-maladie de cette enfant.

En 2015, la défenderesse a gagné un revenu de 5'544 fr. par mois pour son emploi à D_____. Son loyer s'élève à 1'358 fr. par mois, sa prime d'assurance-maladie est de 415 fr. 70, celle de l'enfant C_____ de 87 fr. 50.

B_____ a complètement cessé, en octobre 2014, de payer la contribution d'entretien en faveur de son fils, après l'avoir irrégulièrement payée depuis le début de l'année 2014. En mars 2015, A_____ a fait appel au SCARPA, qui lui verse 673 fr. par mois depuis août 2015.

L'appelante a soutenu, sans être contredite, que le demandeur n'avait jamais participé aux frais d'orthodontie de l'enfant C_____, s'élevant à 10'000 fr. environ, et n'avait pas non plus pris en charge un arriéré d'impôts, contrairement à ce qui avait été prévu par la convention et le jugement de divorce, ce qui l'avait contrainte à contracter un crédit qu'elle remboursait à hauteur de 810 fr. 75 par mois.

B_____ voit son fils C_____ tous les vendredis soir et passe des vacances avec lui. L'enfant est au Cycle d'orientation.

EN DROIT

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les causes dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est comme en l'espèce de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2, 92 al. 2 CPC). La voie de l'appel est en conséquence ouverte.

Formé dans le délai de trente jours et dans la forme prescrite par la loi (art. 130, 143 al. 1 et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

2. L'appelante soutient que l'intimé n'a pas perdu toute capacité de travail, que les affections dont il souffre qui ne lui permettent pas d'exercer son activité ordinaire n'empêchent pas qu'il envisage une autre activité et d'autre part que l'intimé serait quoiqu'il en soit pris en charge par une assurance sociale à même de verser les contributions d'entretien dues en faveur de l'enfant commun.

2.1 En matière de contribution due pour l'entretien d'un enfant, l'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, prévoit que si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien à la demande du père, de la mère ou de l'enfant. Cette modification ou suppression suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; 120 II 177 consid. 3a). Ce sont donc les constatations de fait et le pronostic effectué dans le jugement de divorce, d'une part et les circonstances actuelles et futures prévisibles, d'autre part qui servent de fondement pour décider si l'on est en présence d'une situation qui s'est modifiée de manière durable et importante. Un état de fait futur incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification. Des éléments concrets relatifs à une modification prochaine des circonstances peuvent par contre être pris en considération afin d'éviter autant que possible une nouvelle procédure ultérieure en modification (ATF 120 II 295 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_380/2015 du 1^{er} juillet 2015 consid. 4.2).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est ainsi la date du dépôt de la demande de modification du jugement de divorce. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (ATF 137 III 604 cité).

Lorsque le juge admet que les conditions susmentionnées sont remplies, il doit en principe fixer à nouveau la contribution d'entretien après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent en faisant usage de son pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 604 cité). Pour que le juge puisse procéder à cette actualisation, il n'est pas nécessaire que la modification survenue dans ces autres éléments constitue également un fait nouveau. 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 tel fait et celle initialement fixée est d'une ampleur suffisante (arrêt du Tribunal fédéral 5A_487/2010 du 3 mars 2011, consid. 2.3).

2.2 En l'espèce, comme le juge de première instance l'a relevé, la situation de l'intimé a changé depuis le prononcé du divorce. Celui-ci, qui exerçait alors une activité professionnelle pour un salaire de 5'200 fr. net par mois payé treize fois l'an, a perçu pendant un certain temps des indemnités maladie de même montant étant en arrêt de travail, puis a perdu son emploi au 20 mai 2015 et a été assisté par l'Hospice Général dès le 1^{er} juin 2015 à hauteur d'un montant d'environ 2'300 fr. par mois. Il a sollicité la modification du jugement de divorce le 3 juin 2015 de ce fait.

Sur la base des éléments en question, il doit être admis que des faits nouveaux importants et durables sont survenus depuis le prononcé du jugement de divorce et affectent dans une mesure importante la possibilité de l'intimé de s'acquitter des contributions d'entretien mises à sa charge dans le cadre de la procédure initiale.

- 3.** Reste à savoir si, comme le soutient l'appelante, un revenu hypothétique pourrait être mis à la charge de l'intimé. L'appelante soutient en effet que l'intimé ne fait pas d'effort pour une reconversion professionnelle alors que les maladies, notamment des allergies, dont il souffre n'affectent que sa capacité à exercer son ancien métier.

3.1 L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 135 III 66 consid. 1; 123 III 1 consid. 3b et 5). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des pères et mères sont plus élevées en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur (ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_874/2014 du 8 mai 2015 consid. 6.2.1). Il s'en suit que, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents ou les deux ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien et imputer un revenu hypothétique supérieur.

Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ces obligations à l'égard du mineur (ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.1). C'est pourquoi un certain délai lui est accordé pour s'organiser à ces fins (ATF 129 III 417 consid. 2.2).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions : tout d'abord, il doit examiner s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée qu'elle exerce une activité

lucrative ou augmente cette activité eu égard notamment à sa formation, à son âge et à son état de santé. Lorsqu'il tranche cette question, le juge ne peut pas se contenter de dire d'une manière toute générale que la personne en cause pourrait obtenir un revenu supérieur en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut obtenir compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées ainsi que du marché du travail (ATF 137 III 118 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_836/2015 du 8 avril 2016 consid. 4.1.1). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique ou sur d'autres sources, pour autant qu'elles soient pertinentes par rapport aux circonstances de l'espèce (ATF 137 III 118 consid. 3.2).

3.2 En l'espèce, le premier juge a retenu que l'intimé avait été absent de son travail pour cause de maladie pendant 24 mois touchant des indemnités maladies équivalentes à 100% de son salaire pendant cette période, soit jusqu'au 30 avril 2015. Il a retenu que par la suite, celui-ci était assisté par l'Hospice général depuis le 1^{er} juin 2015, s'avérant dépourvu de toute capacité contributive dès cette date et ce sur la base d'un certificat médical du 29 janvier 2016. Or, non seulement ce certificat médical est sibyllin puisqu'il ne fait que mentionner, sans autre remarque ou développement, une capacité de travail de 0% dès le 1^{er} janvier 2015, soit une année avant sa date de délivrance (et ce pour une durée probable indéterminée), mais en outre, il n'a même pas été produit spontanément par l'intimé, demandeur en modification du jugement de divorce, mais a dû être requis par le Tribunal.

Dans la mesure où il en va de la contribution à l'entretien d'un enfant mineur, le Tribunal ne pouvait pas retenir sur cette seule base l'incapacité totale de l'intimé à exercer un quelconque travail dans un quelconque domaine d'activité pour une durée indéterminée sans examiner la question d'un éventuel revenu hypothétique à retenir à l'égard de celui-ci. Ceci est d'autant plus le cas si l'on met ce certificat médical de 2016 en relation avec le certificat médical établi par le même médecin le 3 avril 2013, seul certificat médical produit spontanément à l'appui de la demande. En effet, il résulte de l'examen médical subi alors par l'intimé un diagnostic de rhino-conjonctivite et asthme saisonnier sur hypersensibilité au pollen de graminées céréales et au pollen d'arbres précoces et tardifs, ainsi qu'une dermite de contact allergique. Il ressort en particulier de la discussion médicale qui complète ce certificat que l'exposition au pollen et aux irritants doit être limitée pour l'intimé au strict minimum, les contacts avec les produits chimiques devant être supprimés de sorte que «nous lui suggérons de changer de poste de travail», vu l'évolution défavorable d'année en année.

Dans ces conditions, et dans la mesure, une nouvelle fois, où la procédure porte sur une contribution à l'entretien d'un enfant mineur, l'admission sur la base des éléments au dossier de l'incapacité durable et générale de travail de l'intimé et son absence totale de capacité contributive doit être annulée. Le Tribunal ne pouvait se passer de l'examen de la question de l'imputation d'un revenu hypothétique à l'intimé sur la base de la reprise d'une activité professionnelle dans un autre secteur que celui dans lequel les affections dont il était atteint l'empêchaient de poursuivre son activité.

Le Tribunal devra déterminer le cas échéant, sur la base des principes rappelés plus haut, le type d'activité que pourrait exercer l'intimé et le montant du revenu qui pourrait en être retiré. Il déterminera alors et pour autant qu'il parvienne à un résultat positif, si son jugement antérieur en divorce doit être modifié ou non. S'il parvient à la conclusion, sur la base d'éléments complémentaires recueillis, qu'aucun revenu hypothétique dans une autre activité professionnelle ne peut être imputé à l'intimé, notamment possiblement en raison de problèmes psychiques concurrents qu'il s'agit d'investiguer, la demande de modification du jugement de divorce pourra alors être admise.

4. Dans la mesure où il succombe, les frais seront mis à la charge de l'intimé (art. 106 al. 1 CPC) et provisoirement supportés par l'Etat, vu l'octroi de l'assistance judiciaire.

L'avance de frais versée par l'appelante lui sera restituée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ le 4 mai 2016 contre le jugement JTPI/5061/2016 rendu le 19 avril 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11135/2015-21.

Au fond :

L'admet et annule le jugement attaqué.

Renvoie le dossier au Tribunal de première instance pour nouveau jugement au sens des considérants.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure d'appel à l'250 fr., les met à la charge de B_____ et dit qu'ils sont provisoirement laissés à la charge de l'État vu l'octroi de l'assistance judiciaire.

Ordonne la restitution à A_____ de son avance de frais à hauteur de l'250 fr.

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 :

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.