

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11601/2012

ACJC/730/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 7 JUIN 2013

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), appelant d'une ordonnance rendue par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 février 2013, comparant par Me Philippe Girod, avocat, boulevard Georges-Favon 24, 1204 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Corinne Arpin, avocate, boulevard des Philosophes 8, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 13 juin 2013.

EN FAIT

A. A_____, né le _____ 1955 à _____ (Syrie), originaire de _____ (Saint-Gall), et B_____, née le _____ 1966 à _____ (Jura), originaire de _____, se sont mariés le _____ 1989 à _____ (Genève), sous le régime matrimonial légal de la participation aux acquêts.

Ils sont les parents des enfants prénommées C_____, née à _____ (Genève) le _____ 1992, majeure, D_____, née à Genève le _____ 1994, désormais également majeure, et E_____, née à Genève le _____ 2002. Les enfants vivent auprès de leur mère; l'aînée est inscrite à la faculté de médecine, D_____ à l'Ecole de culture générale et la cadette à l'école primaire.

A_____ et B_____ exploitent des services de taxis à titre indépendant, avec stationnement sur la voie publique, sous plaques respectivement GE 1_____ et GE 2_____; ils ne sont toutefois plus abonnés à la Centrale de diffusion d'ordres de courses Taxiphone depuis 1996. A_____ a invité son épouse à lui "restituer" la licence de taxi GE 2_____, ce qui lui permettrait de faire appel à des chauffeurs, tout en étant dispensé de conduire lui-même les véhicules (cf. art. 11 et 12 LTaxis; RSGe H 1 30).

Les époux n'ont pas contracté d'assurance perte de gain.

B. **B.a** Statuant, le 4 octobre 2010, sur mesures protectrices de l'union conjugale pour une durée indéterminée, le Tribunal de première instance a confié la garde des enfants mineurs à la mère et lui a attribué la jouissance du domicile conjugal. Le père a été condamné à contribuer à l'entretien de la famille à concurrence de 1'600 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 1^{er} novembre 2010.

B.b Par arrêt du 18 mars 2011, la Cour de justice a modifié ce jugement, en ce sens que la contribution d'entretien a été fixée à 615 fr. par mois, correspondant à la moitié du loyer de l'appartement conjugal, du 1^{er} novembre 2010 au 30 avril 2011, date à laquelle A_____ devait quitter le logement familial, et à 1'600 fr. par mois dès le 1^{er} mai 2011.

La Cour de justice a retenu que A_____, qui avait travaillé 187 jours en 2009 pour des raisons de convenance personnelle, pouvait raisonnablement, compte tenu de sa responsabilité de deux enfants encore mineurs et sans problème de santé, travailler davantage et réaliser un revenu de l'ordre de 5'500 fr. net par mois, soit 1'000 fr. de plus environ que les gains qu'il avait perçus en 2009.

La Cour a retenu des charges mensuelles admissibles pour A_____ de 3'160 fr. environ qui se constituaient de l'entretien courant de 1'200 fr., de la prime d'assurance-maladie obligatoire de 157 fr., subside déduit, et d'un loyer

hypothétique de 1'800 fr. Pour B_____, elle a retenu des charges mensuelles de 2'200 fr. environ, qui comprenaient l'entretien courant de 1'350 fr., la prime d'assurance-maladie obligatoire de 157 fr., subside déduit, et la moitié du loyer du domicile conjugal à concurrence de 612 fr. (1'224 fr. : 2 = 612 fr.).

Le coût des enfants mineurs totalisait 1'062 fr. par mois, soit l'entretien courant de 600 fr. et 400 fr. et la participation aux frais de logement de 612 fr., soit un total de 1'612 fr., sous déduction des allocations familiales de respectivement 300 fr. et 250 fr.

B.c Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours de A_____ et réformé l'arrêt attaqué, en ce sens que l'autorité cantonale avait retenu à tort un revenu hypothétique inférieur (4'000 fr. par mois) au revenu effectif (4'460 fr. par mois) de B_____. A_____ n'avait en revanche pas démontré qu'il était arbitraire de lui imputer un revenu de 5'500 fr. Le Tribunal fédéral a ainsi corrigé le montant de la contribution d'entretien en fonction du disponible mensuel rectifié des parties de 3'618 fr. La contribution d'entretien a été arrêtée à 1'400 fr. par mois dès le 1^{er} mai 2011, le montant de 615 fr. du 1^{er} novembre 2010 au 30 avril 2011 étant confirmé.

B.d Entre le mois de mai et le mois de novembre 2011, A_____ a versé à B_____ un montant de 1'919 fr. (20.05.211 : 500 fr.; 21.06.2011 : 500 fr.; 20.07.2011 : 269 fr.; 19.08.2011 : 500 fr.; 20.09.2011 : 50 fr.; 20.10.2011 : 50 fr.; 16.11.2011 : 50 fr.), soit en moyenne 275 fr. par mois, au titre de l'obligation alimentaire. Il a cessé de verser une contribution d'entretien à B_____ depuis le mois de décembre 2011, expliquant que son épouse avait refusé de payer l'AVS de "[leur] entreprise"; le Service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires (SCARPA) avance ainsi depuis ce moment le montant de 1'356 fr. par mois.

C. C.a Le 1^{er} juin 2012, A_____ a formé une demande en divorce avec requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, il a offert de payer une contribution d'entretien, allocations familiales non comprises, de 150 fr. par mois et par enfant. Il avait parcouru 23'623 km en 2011 sur 212 jours de travail et, malgré tous les efforts consentis, ses revenus avaient diminué, l'exploitation d'une entreprise de taxi devenant de plus en plus difficile. Il a produit des documents non signés desquels il ressortait qu'il avait réalisé en 2011 une recette annuelle de 56'694 fr. pour des frais généraux de 20'011 fr.

Le 26 juillet 2012, A_____ a informé le Tribunal avoir été victime, le _____ 2012, d'un accident dans un hôtel au Maroc (fracture de l'avant-bras droit) et a sollicité la convocation d'une audience sur mesures provisionnelles. Il a produit les rapports médicaux du Service des Urgences du 8 juillet 2012, du CT-Scan du

poignet droit du 11 juillet 2012, du compte-rendu opératoire de l'intervention du 17 juillet 2012 et un certificat médical attestant de son incapacité de travail complète à compter du 10 juillet 2012 (pces 47 à 51). Il a produit également une attestation, datée du 15 août 2012, d'aide financière de l'Hospice général depuis le 1^{er} août 2012 d'un montant de 2'461 fr. par mois, hors supplément d'intégration et autres prestations circonstanciées, et le relevé des prestations de l'aide publique du mois d'août 2012 d'un montant de 2'414 fr. (pces 45 et 46).

C.b Le 29 novembre 2012, A_____ a informé le Tribunal que les efforts déployés en vue de la mise en œuvre d'un accord n'avaient pas abouti. Il l'a prié d'instruire et juger sur mesures provisionnelles.

Par ordonnance du 11 décembre 2012, le Tribunal a imparti un délai au 31 janvier 2013 à B_____ pour répondre sur mesures provisionnelles.

B_____ a déposé un mémoire de réponse le 31 janvier 2013. A_____ n'a pas réagi à la communication de cette écriture.

C.c Le 21 février 2013, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mesures provisionnelles. En substance, le Tribunal a relevé que le requérant n'avait pas payé la contribution d'entretien non pas à cause de son accident, mais parce qu'il considérait, ainsi qu'il l'avait déclaré en audience, que les décisions judiciaires étaient fondées sur des "mensonges". Le Tribunal a mis en évidence que le requérant avait cessé de payer les contributions d'entretien depuis le mois de décembre 2011, alors que son accident datait de juillet 2012. Par ailleurs, les déclarations écrites de trois chauffeurs de taxis produites par son épouse permettaient de considérer, au stade des mesures provisionnelles, qu'il exerçait une activité lucrative.

Le jugement, communiqué pour notification aux parties le 21 février 2013, a été reçu par A_____ en son domicile élu le lendemain.

C.d Le 20 décembre 2012, l'exploitant de taxi GE 3_____ a déclaré voir A_____ travailler tous les jours. Le 22 décembre 2012, l'exploitant de taxi GE 4_____ a déclaré avoir vu plusieurs fois A_____ travailler à Rive, à l'aéroport et à la gare. Le 28 décembre 2012, l'exploitant de taxi GE 5_____ a déclaré avoir vu à plusieurs reprises A_____ travailler durant l'été et l'automne 2012.

D. Par acte déposé au Greffe de la Cour de justice le 4 mars 2013, A_____ forme appel de ce jugement qu'il a reçu le 22 février 2013 et dont il réclame l'annulation. Il conclut en appel à sa libération de toute contribution d'entretien depuis le 1^{er} juillet 2012.

A_____ a produit des pièces nouvelles en appel, en particulier des certificats médicaux relatifs à son hospitalisation, du 15 juillet au 20 juillet 2012, dans le

Service _____ des HUG (pce 56) et attestant de son incapacité totale de travail, en raison de l'accident, du 8 juillet 2012 au 16 novembre 2012 et de 70% depuis cette date jusqu'à l'opération fixée au 16 février 2013 (pces 55, 57 à 59, 62 et 63). Il a produit encore le relevé des prestations de l'Hospice général du mois de septembre 2012 (2'414 fr.) et la décision de cette institution, datée du 10 décembre 2012, d'interrompre son aide au 31 janvier 2013, A_____ ayant conservé son statut de chauffeur de taxi indépendant inscrit au registre du commerce (pces 60 et 61). Il a produit également la correspondance de l'Office cantonal des assurances sociales (OCAS) à la suite de sa demande de prestations de l'assurance-invalidité du 30 janvier 2013 (pces 64 à 66), le relevé internet de son compte auprès du G_____ dont il ressort que l'Hospice général lui a versé un montant total de 11'020 fr. (2'414 fr. et 300 fr. en septembre 2012; 2'469 fr. en octobre 2012; 2'469 fr. en novembre 2012; 1'931 fr. en décembre 2012; 1'437 fr. en janvier 2013) dans la période de septembre 2012 à janvier 2013, soit 2'204 fr. par mois en moyenne, la comptabilité simplifiée pour entreprises de taxis à l'attention de l'Administration fiscale présentant en 2012 (pour une activité de janvier à juin et durant novembre et décembre, à l'exclusion de la période de juillet à octobre) des recettes de 31'068 fr., pour des frais généraux de 12'504 fr. et un amortissement du véhicule de 5'532 fr. (pce 68), une lettre du SCARPA, du 17 septembre 2012, selon laquelle son obligation alimentaire envers sa fille D_____ était échue à la veille des dix-huit ans de l'enfant, soit le 1^{er} octobre 2012, la situation restant toutefois inchangée pour son épouse et son autre enfant, et une attestation de cet organisme, datée du 20 janvier 2013, selon laquelle il a versé, au cours de l'année 2012, la somme de 1'600 fr. au titre de l'obligation alimentaire (pces 69 et 70).

Selon B_____, les faits allégués en appel et les moyens de preuve nouveaux sont irrecevables. Elle conclut au rejet de l'appel.

EN DROIT

1. L'appel est recevable contre les décisions sur mesures provisionnelles de première instance (art. 308 al. 1 let. b CPC) dans les causes non patrimoniales et dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr (art. 308 al. 2 CPC).

Formé dans le délai de dix jours (art. 271 let a, 276 al. 1 et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC) par une partie à la procédure (art. 59 let. a CPC) et portant sur des conclusions pécuniaires qui, capitalisées (art. 92 al. 2 CPC), sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Les faits sont établis d'office (art. 272 et 296 al. 1 CPC, maxime inquisitoire) et le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC, maxime d'office; STECK Commentaire Bâlois, CPC, n. 1 ad art. 295-304 et n. 4 ad art. 296 CPC; SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 4 ad art. 295-304 CPC).

3. Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et 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 deux cas où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire parce qu'il s'agissait de mesures provisionnelles, il a été jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquaient également aux procédures soumises à la maxime inquisitoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_592/2011 du 31 janvier 2012 consid. 4.1; 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 4.1 et 4.2).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (ATF 138 III 625 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2012 du 1^{er} octobre 2012 consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour le cas où le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire), de sorte qu'aucune violation de l'art. 317 al. 1 CPC résulte de la stricte application de ses conditions (arrêt 4A_228/2012 précité, consid. 2.2). En revanche la question de savoir s'il en va de même lorsque les maximes d'office et inquisitoire illimitée - en présence notamment d'un enfant mineur - n'a pas été tranchée. Dès lors, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, la Cour d'appel cantonale persistera à admettre tous les nova (dans ce sens : TREZZINI, Commentario al Codice diritto processuale civile svizzero (CPC), Cocchi/Trezzini/Bernasconi [éd.], 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115 ss, p. 139).

En l'espèce, le litige se rapporte à la contribution d'entretien de la famille qui compte une enfant mineure. Partant, les pièces nouvelles produites par l'appelant relatives à sa situation personnelle et pécuniaire sont recevables.

4. **4.1** Les mesures provisionnelles nécessaires sont prises durant la procédure de divorce selon les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC) et celles prises en protection de l'union conjugale peuvent être modifiées ou révoquées durant la procédure de divorce (art. 276 al. 2 CPC).

Toutefois, une fois que des mesures provisoires ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC). Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{ère} phr. 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. Selon la jurisprudence, la modification des mesures provisionnelles ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, 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. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_811 2012 du 18 février 2013 consid. 3.2).

4.2 Dans le cas particulier, l'incapacité de travail, totale puis partielle, qu'a connue l'appelant à la suite de son accident, constitue un changement significatif de sa situation qui a présenté, à tout le moins jusqu'au mois de février 2013, dès lors qu'il ne donne aucune précision sur la nature et les résultats de sa dernière opération, un caractère durable. Cette circonstance justifie d'entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles.

4.3 Le Tribunal fédéral a jugé que le revenu hypothétique de 5'500 fr. net par mois imputé à l'appelant par la Cour cantonale n'était pas arbitraire. Des charges de 3'160 fr. par mois lui ont été retenues.

D'après l'état de fait qui précède, l'appelant s'est trouvé en incapacité totale de travail de 8 juillet au 16 novembre 2012 avant de retrouver une capacité partielle de travail de 30% jusqu'à la date de sa dernière opération, le 26 février 2013.

Du mois d'août à novembre 2012, l'appelant a été aidé par l'Hospice général à concurrence de 2'517 fr. en moyenne par mois (2'414 fr. en août; 2'414 fr. et 300 fr. en septembre; 2'469 fr. en octobre et novembre; total : 10'066 fr.). Il a été en revanche - à teneur du dossier - sans revenus au mois de juillet 2012.

A compter du 1^{er} décembre 2012, l'appelant a repris partiellement - à concurrence de 30% - son activité professionnelle, ce qui, en référence au revenu hypothétique de 5'500 fr. net par mois, permet de retenir un gain de 1'650 fr. par mois jusqu'à la fin du mois de février 2013. Parallèlement, l'appelant a bénéficié des prestations de l'aide sociale de 1'684 fr. par mois en moyenne (1'931 fr. + 1'437 fr.) en décembre 2012 et janvier 2013. Son revenu en décembre 2012 et janvier 2013 peut donc être arrêté à 3'334 fr. (1'650 fr. + 1'684 fr.) par mois.

Il paraît dès lors que, dans la première période considérée, les ressources de l'appelant (2'517 fr. par mois) ont été inférieures à ses charges (3'160 fr.) et n'ont excédé les charges, dans la seconde période, que d'un montant de 174 fr. par mois. Faute d'éléments et par simplification, on considérera que la situation a été identique au mois de février 2013.

Pour la période postérieure à l'opération du 26 février 2013, l'appelant, alors même qu'il a formé appel le 4 mars 2013, ne donne, ainsi que déjà relevé, aucune information concrète quant à la nature et aux résultats de l'intervention, se limitant à exposer, de manière toute générale, que son incapacité de travail devrait être à nouveau de l'ordre de 100%, puis indéterminée pour la suite. Cette absence d'élément concret rend impossible toute modification de la décision sur mesures protectrices de l'union conjugale.

Il convient de relever que l'appelant, titulaire d'une licence d'exploitation d'un service de taxi avec permis de stationnement, peut faire appel à un chauffeur ("doubleur" dans les termes de la profession). L'obligation légale qui lui est faite de conduire lui-même le véhicule taxi (art. 11 LTaxis) ne peut en effet *a priori* pas lui être imposée si son incapacité de travail est établie par certificat médical. Les parties ne se sont cependant pas exprimées au sujet de cette alternative qui devrait être envisagée dans le cas d'époux exploitants de services de taxis.

4.4 En définitive, la décision sur mesures protectrices de l'union conjugale est modifiée pour la période du mois juillet 2012 au mois de février 2013, en ce sens que l'appelant est libéré de son obligation alimentaire durant la période du mois de juillet 2012 au mois de novembre 2012 et que la contribution d'entretien est ramenée à un montant arrêté à 150 fr. par mois durant les mois de décembre 2012 au mois de février 2013. La quotité de la contribution d'entretien fixée par le Tribunal fédéral à 1'400 fr. par mois dans la procédure sur mesures protectrices de l'union conjugale est maintenue à compter du mois de mars 2013.

5. Les parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Le jugement de première instance, qui a réservé les frais avec la procédure au fond, peut être confirmé sur ce point (art. 318 al. 3 CPC).

Les frais d'appel, fixés à 500 fr., sont mis par moitié à la charge des parties (art. 107 al. 1 let. c CPC). Ils sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat (art. 123 CPC).

La qualité des parties et des considérations d'équité incitent à prévoir que les époux conservent leurs propres dépens à leur charge (art. 107 al. 1 let. c CPC).

6. La présente décision est susceptible, en fonction d'une valeur litigieuse de 16'800 fr. par an durant une période indéterminée (12 x 1'400 fr. x 20 selon

l'art. 51 al. 4 LTF), d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF). Les moyens sont limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/240/2013 rendue le 21 février 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11601/2012-9.

Au fond :

Annule le chiffre 1 du dispositif de cette ordonnance et statuant à nouveau sur ce point :

Libère A_____ de son obligation alimentaire durant les mois de juillet 2012 à novembre 2012.

Fixe le montant de la contribution d'entretien de la famille à 150 fr. par mois, allocations familiales ou d'études non comprises, durant les mois de décembre 2012 à février 2013.

Maintient le montant de la contribution d'entretien de la famille à 1'400 fr. par mois, allocations familiales ou d'études non comprises, dès le 1^{er} mars 2013.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Confirme la réserve des frais de première instance avec la procédure au fond.

Fixe les frais judiciaires d'appel à 500 fr. et les met à la charge de A_____ et de B_____ par moitié chacun.

Laisse les frais judiciaires provisoirement à la charge de l'Etat.

Dit que les parties conservent leurs dépens respectifs.

Siégeant :

Monsieur Jean RUFFIEUX, président; Madame Ariane WEYENETH et Madame Elena SAMPEDRO, juges; madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.