

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12709/2007

ACJC/1366/2009

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**  
statuant par voie de procédure ordinaire

**AUDIENCE DU VENDREDI 13 NOVEMBRE 2009**

Entre

**Madame X.**\_\_\_\_\_, née **Z.**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 mai 2009, comparant par Me Emmanuelle Guiguet-Berthouzoz, avocate, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

**Monsieur X.**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_ (GE), intimé, comparant par Me Stéphane Felder, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Tribunal tutélaire et au Service de protection des mineurs par plis simples du 19.11.2009.

---

### EN FAIT

Par jugement JTPI/5535/2009, rendu le 20 mai 2009 et notifié aux parties par plis du 20 du même mois, le Tribunal de première instance a :

(1) prononcé le divorce des époux Madame X.\_\_\_\_\_, née Z.\_\_\_\_\_ et Monsieur X.\_\_\_\_\_;

(2) confié à Madame X.\_\_\_\_\_ les droits parentaux sur les trois enfants du couple encore mineurs, soit A.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1994, B.\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1998 et C.\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2001;

(3) réservé un droit de visite à Monsieur X.\_\_\_\_\_ sur les enfants et fixé ses modalités;

(4) institué une curatelle d'appui éducatif ainsi que d'organisation et de surveillance du droit de visite, enfin chargé le Tribunal tutélaire de désigner le curateur;

(5) constaté qu'il n'avait pas été possible de fixer une rente permettant d'assurer l'entretien convenable de Madame X.\_\_\_\_\_;

(6) constaté la complète liquidation des rapports patrimoniaux entre les époux;

(7) ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant la durée du mariage et transmis le dossier au Tribunal cantonal des assurances sociales pour exécution dudit partage.

Les dépens ont été compensés (8) et les parties déboutées de toutes autres conclusions (9).

Madame X.\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement par acte du 22 juin 2009, ne contestant le jugement qu'en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à la condamnation de Monsieur X.\_\_\_\_\_ au versement d'une contribution à l'entretien des enfants. Sur ce point, elle sollicite que la Cour (à l'instar de ce que le premier juge a fait, s'agissant de la contribution qu'elle réclamait en application de l'art. 125 CC) constate qu'il n'a pas été possible, au vu de la situation financière actuelle de son époux, de fixer les contributions d'entretien en faveur des enfants.

L'intimé conclut au rejet de l'appel, dépens compensés.

Les éléments pertinents suivants résultent du dossier :

- A. Monsieur X.\_\_\_\_\_, de nationalité J.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1959 à D.\_\_\_\_\_, et Madame X.\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1962 à E.\_\_\_\_\_, originaire de F.\_\_\_\_\_, ont contracté mariage à Genève le \_\_\_\_\_ 1986.

---

Cinq enfants sont issus de cette union, soit G.\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1986, décédée le \_\_\_\_\_ 2004; H.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1990; A.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1994; B.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1998 et C.\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2001. Monsieur X.\_\_\_\_\_ est également père de I.\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1985 d'une précédente union.

Les époux X.\_\_\_\_\_ n'ont pas conclu de contrat de mariage.

**B.** Les parties vivent séparées depuis novembre 2004.

Sur mesures protectrices, les époux X.\_\_\_\_\_ ont été autorisés à vivre séparés, les droits parentaux sur les enfants mineurs ont été confiés à leur mère, sous réserve du droit de visite de Monsieur X.\_\_\_\_\_, soumis à curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC. La contribution mensuelle de ce dernier a enfin été fixée à 800 fr., l'exécution de cette obligation étant toutefois suspendue tant que Monsieur X.\_\_\_\_\_ n'aurait pas retrouvé d'emploi, mais au plus tard jusqu'au 30 juin 2007.

**C.** Le 15 juin 2007, Madame X.\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal de la présente requête en divorce. S'agissant des effets accessoires, elle a en particulier réclamé une contribution à son propre entretien de 3'500 fr. par mois, une contribution à l'entretien de H.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ de 1'000 fr. par mois pour chacun d'eux, enfin une contribution à l'entretien de B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ de 700 fr. par mois jusqu'à douze ans révolus et de 1'000 fr. par la suite, pour chacun d'eux.

A l'appui de sa position, elle a exposé n'avoir quasiment pas travaillé durant le mariage. Dépourvue de qualification et de formation professionnelle, elle s'est dite en incapacité de travailler, avec quatre enfants à charge, motif pour lequel elle était entretenue par l'Hospice Général. H.\_\_\_\_\_ (mineur au moment du dépôt de la demande) allait débiter un apprentissage.

Monsieur X.\_\_\_\_\_ s'en est rapporté à la justice sur le principe du divorce et avec les conclusions de son épouse relatives aux droits parentaux sur les enfants, au droit de visite et au partage des avoirs LPP. Il a, en dernier lieu, conclu à ce que le Tribunal dise qu'aucune contribution à l'entretien des enfants n'était due en l'état, vu sa capacité contributive actuellement nulle, exposant avoir été incarcéré, bénéficiaire d'un régime de semi-détention, rechercher activement un emploi et être entièrement à la charge de l'Hospice général. A l'appui de ces dires, il a produit diverses demandes d'emploi effectuées depuis mai 2008 et les réponses négatives reçues.

L'épouse s'en est alors rapportée à la justice, s'agissant de la question des contributions d'entretien.

**D.** A teneur des explications non contestées et des pièces produites par les parties, la situation respective des parties est la suivante :

**D.a** L'appelante, sans formation professionnelle, n'a pas travaillé durant la vie commune, à l'exception de quelques mois en qualité de standardiste; elle a d'autre part fonctionné durant quelques années comme maman d'accueil, ce qui ne lui a toutefois procuré que de faibles revenus. Actuellement, elle-même et les enfants sont entièrement à la charge de l'Hospice général. Devant le premier juge, elle a allégué les charges suivantes : primes Lamal (107 fr. par enfant et 368 fr. pour elle-même, partiellement couvertes par un subside); loyer (1'859 fr., dont 1'600 fr. pris en charge par l'Hospice général); frais de transport pour elle-même (70 fr.).

**D.b** L'intimé bénéficie d'une formation en matière d'hôtellerie/restauration et a travaillé une vingtaine d'années dans ce secteur, notamment en qualité de gérant de divers établissements publics à Genève (U.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_). Pour des motifs qui ne ressortent pas de la procédure, il a été incarcéré jusqu'au 31 mai 2008 à la prison de K.\_\_\_\_\_, pour bénéficier ensuite d'un régime de semi-détention. Il produit à la procédure de nombreuses recherches d'emploi accomplies depuis lors et diverses lettres de refus, exposant rechercher un emploi dans les secteurs de l'hôtellerie/restauration et de la vente. Il ne bénéficie d'aucune prestation-chômage, faute d'avoir suffisamment cotisé. Ses charges (loyer : 750 fr.; prime Lamal : 347 fr.) sont entièrement couvertes par les subsides reçus de l'Hospice général.

- E.** Le Tribunal a retenu, dans le jugement querellé et s'agissant du point demeuré litigieux, qu'aucun des parents ne réalisait de revenu, de sorte qu'ils ne parvenaient à couvrir ni leur minimum vital, ni celui des enfants. Monsieur X.\_\_\_\_\_, âgé de 49 ans, démontrait rechercher activement un emploi depuis sa sortie de prison, sans succès en dépit de son expérience professionnelle. Sa situation actuelle ne procédait pas d'un manque de bonne volonté mais de la conjoncture, amplifiée par son âge et sans doute le "trou" inévitablement laissé par ses années de prison dans son curriculum vitae. Aucun revenu hypothétique ne pouvait dès lors lui être imputé aux seules fins de le condamner à verser une contribution d'entretien en faveur de ses enfants.

Les arguments des parties devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

## **EN DROIT**

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi (art. 296, 300, 394 LPC). Il est dès lors recevable.

Compte tenu de la matière, le jugement entrepris a été rendu en premier ressort, ce qui ouvre la voie de l'appel ordinaire. La cognition de la Cour est dès lors complète.

2. Le prononcé du divorce (ch. 1 du dispositif), les dispositions relatives aux enfants mineurs (ch. 2, 3 et 4), à la contribution d'entretien en faveur de l'épouse (ch. 5), au régime matrimonial des époux (ch. 6) et au partage des avoirs LPP (ch. 7) ne sont pas remis en cause au stade du présent appel.

Ces dispositions sont dès lors entrées en force de chose jugée partielle, conformément à l'art. 148 al. 1 CC.

3. Seule demeure litigieuse en appel la question de la contribution du mari à l'entretien des enfants.

Sur le sujet, l'appelante ne prend pas de conclusions chiffrées et souhaite uniquement voir figurer dans le dispositif du jugement de divorce, s'agissant des contributions à l'entretien des enfants encore mineurs du couple, une réserve analogue à celle qui a été formulée, au sujet de la contribution qu'elle sollicitait pour elle-même en application de l'art. 125 CC.

A l'appui de sa position, l'appelante expose ne pas contester l'appréciation du Tribunal, à teneur de laquelle son époux ne peut se voir imputer aucune capacité hypothétique de gain; bénéficiaire des prestations d'assistance. Elle est toutefois contrainte par l'Hospice général à réclamer une contribution pour ses enfants, à défaut de quoi elle risque de perdre ses droits à l'assistance qu'elle perçoit; elle souhaite ainsi que le principe de l'obligation d'entretien de son mari envers les enfants figure dans le dispositif querellé, afin qu'elle puisse, dans l'avenir, en faire fixer la quotité si la situation de son mari s'améliore.

Pour l'intimé, la réserve sollicitée par l'appelante est inutile, dans la mesure où, quoi qu'il en soit, la question de sa contribution d'entretien en faveur des enfants pourra être revue, en cas de changement notable de la situation, en application de l'art. 286 CC.

**3.1** En application de l'"unbeschränkte Offizialmaxime" dont elle dispose en la matière, la Cour n'est, sur la question, pas liée par les conclusions des parties.

L'art. 276 CC dispose que les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises

pour le protéger. L'entretien est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires.

Selon l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant, ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier. Selon la jurisprudence, ces différents critères exercent une influence réciproque les uns sur les autres. Ainsi, les besoins de l'enfant doivent être examinés en relation avec les trois autres éléments évoqués et la contribution d'entretien doit toujours être dans un rapport raisonnable avec le niveau de vie et la capacité contributive du débirentier (ATF 116 II 110 consid. 3a p. 112).

En présence de capacités financières limitées, le minimum vital du débirentier au sens du droit des poursuites doit en principe être garanti (ATF 127 III 68 consid. 2c p. 70; ATF n. p. 5c.82/2004 p. 3 consid. 3.2). Dans un tel cas, il ne sera pas tenu compte de la charge fiscale du débiteur, ce qui se justifie par le fait qu'il ne lui reste rien d'imposable après couverture de son minimum vital et de celui de sa famille (ATF 126 III 353 consid. 1 a/aa p. 356).

Pour calculer la capacité contributive, les revenus effectifs du parent débirentier ne sont pas nécessairement déterminants et il est permis au juge de tenir compte d'un revenu hypothétique supérieur à celui admis devant lui. Tel sera le cas lorsque l'intéressé pourra gagner davantage qu'il ne gagne effectivement en faisant preuve de bonne volonté ou en fournissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui (ATF 117 II 16 consid. 1b et les références; JT 1994 I 76; ATF 126 III 10; JT 2000 I 121). Les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont notamment la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation économique (ATF 119 II 314 consid. 4a; JT 1996 I 199; ATF 117 II 16 consid. 1b; JT 1994 I 76).

**3.2** En l'espèce, l'appelante admet qu'aucun revenu hypothétique ne peut être imputé à son mari. Sur le sujet, l'appréciation du premier juge doit être confirmée. Il résulte en effet des pièces produites que l'intimé, depuis qu'il a bénéficié du régime de semi-liberté en mai 2008, recherche activement un emploi, ses recherches étant toutefois à ce jour demeurées vaines, malgré sa formation et son expérience professionnelle. Avec le premier juge, la Cour retient que l'âge et la période d'incarcération subie désavantagent l'intimé dans ses recherches et que, dans la conjoncture difficile actuelle, il ne peut être retenu que celui-ci dispose de possibilités réelles et concrètes de retrouver un emploi dans un avenir immédiat.

Dans ses conditions, le premier juge a, à juste titre, refusé de mettre à la charge de l'intimé une contribution en faveur de ses enfants.

**3.3** Reste à déterminer si, comme le soutient l'appelante, le juge du divorce doit, dans une telle situation, procéder de manière semblable à ce qui est prévu à l'art. 129 al. 3 CC s'agissant de la contribution post-divorce à laquelle l'épouse peut prétendre au sens de l'art. 125 CC, en l'absence de toute disposition similaire dans le cadre des articles 276 et ss CC.

Telle est l'opinion exprimée par BREITSCHMID (Comm. bâlois, no 13 ad art. 286 CC), pour lequel l'art. 129 al. 3 CC est également applicable aux contributions d'entretien en faveur des enfants.

La Cour ne saurait toutefois suivre cet avis. L'art. 129 al. 3 CC a en effet pour but d'introduire une exception au principe général concrétisé par l'ancien droit du divorce, à teneur duquel une rente accordée au conjoint divorcé ne pouvait faire l'objet d'une augmentation après le prononcé du divorce (SUTTER/FREIBURGHaus, Komm. Zum neuen Scheidungsrecht, no 56 ad art. 129 CC; SCHWENZER, FamKomm. Scheidung, no 35 ad art. 129 CC). Cette disposition nouvelle introduit dès lors la possibilité, pour le conjoint, de solliciter la fixation, respectivement l'augmentation de la rente fondée sur l'art. 125 CC dans un délai limité à cinq ans à dater du prononcé du divorce.

Une telle limitation dans le temps ne saurait toutefois être imposée à l'enfant qui entend réclamer une contribution d'entretien à l'un ou l'autre de ses parents. Cette prétention, fondée sur l'art. 276 CC peut en effet être élevée tant que dure le devoir d'entretien et dans l'année qui suit sa cessation, compte tenu de l'art. 279 al. 1 in fine CC, lequel permet de réclamer l'entretien également pour l'année précédant l'introduction de l'action. Une fois fixée, la contribution peut en outre être aussi bien augmentée que réduite, en cas de circonstances nouvelles en application de l'art. 286 al. 1 CC.

Il résulte de ce qui précède que l'art. 129 al. 3 CC n'est applicable ni directement, ni pas analogie aux contributions d'entretien en faveur des enfants arrêtées par le juge du divorce. Il en résulte également que le rejet pur et simple des prétentions de l'appelante sur ce point ne la prive pas, ni ne prive ses enfants, de réclamer à leur père une contribution d'entretien dans le futur, au cas où sa situation financière s'améliorerait.

Cela étant, la Cour constate qu'en première instance, l'intimé a lui-même conclu non au rejet des conclusions prises par son épouse sur ce point, mais à ce qu'il soit dit qu'il ne devait aucune contribution de l'entretien de ses enfants "*en l'état*", au vu de sa situation financière actuelle.

Une telle précision se justifie ainsi, dans la mesure où elle permet de lever toute ambiguïté au sujet de la possibilité future de fixer la quotité de ladite contribution d'entretien en faveur des enfants, par le biais d'une action en modification du juge-

---

ment de divorce et en application de l'art. 286 CC, au cas où la situation de l'intimé s'améliorerait de manière suffisante.

4. L'appel est ainsi fondé, ce qui conduit à compléter le jugement attaqué conformément à ce qui précède.

La nature du litige et la qualité des parties inspirent à la Cour de compenser les dépens d'appel, à l'instar de ceux de première instance (art. 176 al. 2 CC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par Madame X.\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/5535/2009 rendu le 20 mai 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12709/2007-20.

**Au fond :**

Admet l'appel et complète le jugement attaqué par un ch. 5bis libellé comme suit :

"Dit que Monsieur X.\_\_\_\_\_ ne doit en l'état aucune contribution de l'entretien de ses enfants A.\_\_\_\_\_, né le 9 mars 1994, B.\_\_\_\_\_, né le 29 janvier 1998 et C.\_\_\_\_\_, née le 19 décembre 2001, au vu de sa situation financière actuelle".

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur Daniel DEVAUD et Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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 indéterminée.*