



POUVOIR JUDICIAIRE

C/1649/2021

ACJC/1622/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU VENDREDI 3 DÉCEMBRE 2021**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____[GE], recourant contre une ordonnance OTPI/430/2021 rendue par la 5^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 juin 2021, comparant par Me Marco CRISANTE, avocat, rue du Conseil-Général 18, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____[GE], intimée, comparant par Me Valérie MALAGOLI-PACHE, avocate, LCPH AVOCATS, rue Verdaine 13, Case postale 3231, 1211 Genève 3, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 décembre 2021.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/430/2021 du 9 juin 2021, reçue par A_____ (ci-après : A_____) le 10 juin 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre de la demande en divorce formée par le précité, a déclaré irrecevable la requête en tant qu'elle portait sur des mesures antérieures au 28 janvier 2021 (chiffre 1 du dispositif), a débouté A_____ des fins de sa requête en tant qu'elle était recevable (ch. 2), a réservé sa décision finale quant au sort des frais judiciaires (ch. 3), a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a retenu qu'A_____ n'avait pas subi un changement notable et durable de sa situation financière justifiant de revoir la contribution d'entretien due à son épouse fixée sur mesures protectrices.

- B. a.** Par acte expédié le 21 juin 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel de cette ordonnance, sollicitant son annulation. Il a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la Cour dise et constate qu'il n'est plus astreint au versement d'une contribution d'entretien en faveur de B_____ (ci-après : B_____) avec effet au 28 janvier 2021, date du dépôt de la demande en divorce.

Il reproche au Tribunal d'avoir constaté les faits de manière inexacte en niant un changement essentiel et durable dans sa situation financière et en considérant que la situation professionnelle et financière de B_____ ne justifiait pas de revoir la contribution d'entretien due à cette dernière, et d'avoir par conséquent violé l'art. 276 al. 1 CPC.

Il a produit, à l'appui de cet appel, plusieurs pièces nouvelles (pièces 51 à 60).

b. Dans sa réponse du 26 juillet 2021, B_____ a conclu au rejet de l'appel, à la confirmation de l'ordonnance OTPI/430/2021 du 9 juin 2021 ainsi qu'au déboutement d'A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais dépens.

Elle a produit, à l'appui de sa réponse, trois pièces nouvelles (pièces 10, 11 et 12).

c. Par réplique du 3 août 2021 et duplique du 16 août 2021, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Elles ont été informées par pli du greffe de la Cour du 2 septembre 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

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

a. A_____, né le _____ 1970 et B_____, née le _____ 1971, tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le _____ 1992 à C_____ (Genève).

Le couple a donné naissance à deux enfants, D_____, né le _____ 1992, et E_____, née le _____ 1996, désormais majeurs.

Les époux se sont séparés au mois d'août 2017. B_____ est restée dans la villa familiale, sise 1_____ (GE), acquise par les parties en 2005.

b. Le 5 septembre 2017, B_____ a saisi le Tribunal d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par jugement du 12 juin 2018 rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale, le Tribunal a notamment condamné A_____ à verser à son épouse, au titre de contribution d'entretien, 3'450 fr. par mois jusqu'en août 2019, puis 1'000 fr. par mois dès septembre 2019.

Concernant la situation financière des époux, le Tribunal avait retenu qu'A_____ percevait un revenu mensuel net de 4'363 fr. pour son activité au sein de F_____ SA, société dont il était actionnaire et administrateur unique depuis 2016. Il ne percevait aucun salaire de sa nouvelle société G_____ SARL, créée en 2017, dont il était le seul associé gérant. Un salaire hypothétique de 8'000 fr. devait être imputé à A_____ sans délai, tenant compte de son âge, de sa formation (économiste spécialisé en informatique de gestion) ainsi que de son expérience professionnelle et de ses précédents salaires. Il bénéficiait ainsi d'un disponible mensuel de 4'000 fr. après couverture de ses propres charges de 4'016 fr. par mois.

A_____ pouvait, partant, couvrir le déficit de son épouse correspondant au montant de ses charges jusqu'en août 2019, soit 3'450 fr. par mois dès lors qu'elle ne disposait pas de revenu propre, puis 1'000 fr. par mois dès septembre 2019, après la prise en compte d'un revenu hypothétique de 3'000 fr. devant lui être imputé à compter de cette date.

c. Le 25 janvier 2019, la Cour de justice, statuant sur appel formé par B_____, a confirmé le revenu hypothétique de 8'000 fr. imputé à l'époux sans délai d'adaptation. Elle a retenu qu'A_____ avait augmenté son taux d'activité de 50% à 100% pour F_____ SA depuis 2017, ce qui devait lui permettre d'augmenter ses revenus. En outre, il avait pu depuis cette même date développer la clientèle de la société G_____ SARL, ce qui devait également lui procurer un revenu supplémentaire. Elle a refusé d'imputer un salaire hypothétique à l'épouse sur mesures protectrices compte tenu du caractère provisoire de ces mesures et du principe de solidarité du mariage. La Cour a cependant considéré que B_____ était dans un état de santé suffisamment bon afin de se remettre à niveau dans les domaines administratifs ou esthétiques en vue de disposer d'une formation lui permettant de rechercher du travail. Elle a encore relevé que si B_____ pouvait

encore bénéficiaire de la solidarité conjugale pendant les mesures protectrices, tel ne serait pas forcément le cas dans le cadre de l'examen de cette question en procédure de divorce. La Cour a par conséquent condamné A_____ à verser à son épouse une contribution d'entretien de l'ordre de 3'450 fr. par mois dès l'entrée en force de l'arrêt.

d. Statuant sur recours interjeté par B_____, le Tribunal fédéral, par arrêt du 6 juillet 2020, a annulé l'arrêt de la Cour du 25 janvier 2019 et renvoyé la cause à la Cour afin que cette dernière statue sur le *dies a quo* de la contribution d'entretien et établisse les montants versés à ce titre par A_____.

e. Par arrêt du 30 mars 2021, la Cour de justice a condamné A_____ à payer à B_____ une contribution d'entretien à hauteur de 3'050 fr. pour le mois mai 2018 et de 3'450 fr. par mois à compter du 1^{er} juin 2018, tout en confirmant pour le surplus l'arrêt du 25 janvier 2019. Ce faisant, elle a tenu compte des montants versés par A_____ à B_____ depuis la séparation des parties jusqu'au 31 mai 2018.

D. a. Le 28 janvier 2021, A_____ a formé une demande unilatérale de divorce.

Il a conclu à ce que le Tribunal dise et constate, sur mesures provisionnelles, qu'il ne devait plus de contribution à l'entretien à son épouse depuis le 1^{er} janvier 2020. En substance, il a soutenu qu'un revenu hypothétique ne pouvait pas lui être imputé. Malgré ses efforts, il n'avait pu augmenter ses revenus.

b. Lors de l'audience de conciliation et de comparution personnelle du 17 mai 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions sur mesures provisionnelles.

B_____ a conclu, pour sa part, à l'irrecevabilité de la requête de mesures provisionnelles et subsidiairement à son rejet.

E. La situation financière des parties peut être résumée comme suit :

a. Le _____ 2006, les époux ont créé la société H_____ SARL. Cette société a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance le _____ 2021.

Le 11 mai 2016, A_____ a acquis l'intégralité du capital-actions de F_____ SA, société active dans l'achat et la vente de matériel médical, au prix de 230'000 fr. Il en est l'administrateur unique depuis cette date.

Le 18 août 2017, A_____ a créé la société G_____ SARL, dont le but est d'effectuer du support informatique aux utilisateurs dans les entreprises. Il en est le seul associé-gérant.

b. Suite à la séparation des époux, A_____ a perçu 4'363 fr. par mois versés par F_____ SA et ses revenus sont passés à 3'573 fr. par mois depuis la crise du Covid-19, en mars 2020. A_____ allègue n'avoir jamais perçu de revenus de la société G_____ SARL, qui ne générerait pas de bénéfice jusqu'en 2019, et avoir tout fait pour trouver une autre place de travail, en vain. Il a admis sous-louer sporadiquement son appartement sur I_____ générant ainsi un revenu estimé entre 300 et 400 fr. par mois. Il a également admis que plusieurs sites internet avaient comme adresse celle de F_____ SA et que des stocks de vêtements étaient déposés dans les locaux de cette société, sans toutefois indiquer s'il en tirait des revenus.

Invoquant des charges de 3'577 fr. 60 par mois, il a contesté disposer d'un solde disponible suffisant pour subvenir aux besoins de son épouse.

c. B_____ allègue n'avoir pas travaillé durant la vie commune et chercher un emploi. Elle est assistée par l'Hospice général et soutient suivre des cours de comptabilité supposés se terminer en août 2022 avec l'obtention d'un diplôme d'expert-comptable. Elle allègue être à la recherche d'un emploi d'aide comptable et vivre dans l'ancien domicile conjugal en compagnie de ses deux enfants majeurs.

d. S'agissant de l'ancien domicile conjugal, les époux avaient trouvé un accord avec un acquéreur potentiel et validé la vente du bien immobilier pour un montant de 1'380'000 fr. Cette transaction n'a cependant pas pu être menée à son terme, B_____ ayant souhaité attendre encore avant de vendre.

EN DROIT

1. 1.1 Interjeté dans le délai utile de dix jours (art. 142 al. 1 et 3, 271 lit. a, 276 al. 1 et 314 al. 1 CPC), suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision rendue sur mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC, statuant sur des conclusions de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse est, compte tenu des contributions d'entretien litigieuses, supérieure à 10'000 fr. (art. 92 al. 2, 308 al. 2 CPC), l'appel est recevable.

1.2 S'agissant d'un appel, la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC).

La Cour établit les faits d'office (art. 272 et 276 al. 1 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense toutefois pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 p. 412 à 414; arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2013 du 27 mars 2014 consid. 4.1 et la référence citée).

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d CPC), la cognition de la Cour est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, *in* JT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

2. Les parties ont produit de pièces nouvelles.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les 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 diligence (let. b).

Cependant, à partir du début des délibérations, les parties ne peuvent plus introduire de *nova*, même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont réunies. La phase des délibérations débute dès la clôture des débats, s'il y en a eu, respectivement dès que l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger (ATF 142 III 413 consid. 2.2.3-2.2.6; arrêts du Tribunal fédéral 5A_478/2016 du 10 mars 2017 consid. 4.2.2; 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.2).

2.2 En l'espèce, les pièces n° 52, 53, 54, 55, 56 et 60 nouvellement produites par l'appelant sont antérieures à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger. Elles sont partant irrecevables, dans la mesure où elles auraient dû être produites devant la première instance et que l'appelant n'a pas indiqué ce qui l'aurait empêché de le faire. Les pièces 57, 58 et 59 sont recevables et ont été prises en compte dans l'état de fait du présent arrêt.

Les pièces n° 10, 11 et 12 nouvellement produites par l'intimée devant la Cour à l'appui de son mémoire de réponse du 26 juillet 2021 sont recevables, dans la mesure où elles ont été établies après le 17 mai 2021, date à laquelle la cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles par le Tribunal.

3. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir mal apprécié la situation personnelle et financière respective des parties et d'avoir, en conséquence, violé le droit en refusant de revoir la contribution d'entretien due à l'intimée. En particulier, il reproche au premier juge de n'avoir pas pris en considération le fait que ses sociétés avaient été impactées par la crise sanitaire, ignorant la baisse de revenus en découlant, et d'avoir retenu qu'il n'avait pas entrepris des démarches concrètes pour trouver un emploi.

3.1.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles

nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Les mesures ordonnées par le Tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale sont maintenues et le Tribunal est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation (art. 276 al. 2 CPC).

La modification des mesures protectrices ne peut être ordonnée par le juge des mesures provisionnelles que si, depuis le prononcé de celles-là, 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, ou encore si les faits qui ont fondé le choix des mesures dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu (arrêts du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 3.1). Le point de savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (arrêts du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et 5A_131/2014 du 27 mai 2014 consid. 2.1). Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé des mesures protectrices se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit alors fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1; 137 III 604 consid. 4.1.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et 5A_547/2012 du 14 mars 2013 consid. 4.3).

Une mauvaise appréciation des circonstances initiales – que le motif invoqué relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves offertes – ne constitue jamais un fondement valable d'une requête en modification (arrêt du Tribunal fédéral 5A_403/2016 du 24 février 2017 consid. 3.1 et les références citées).

En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Il appartient donc à l'appelant d'alléguer et de rendre vraisemblable le changement essentiel et durable des circonstances. Il doit également montrer que ce changement justifie la modification des mesures précédemment prononcées (arrêt du Tribunal fédéral 5A_787/2017 du 28 novembre 2017 consid. 5.1).

Le Tribunal fédéral a retenu que l'épidémie de Covid-19 était un fait notoire au sens de l'art. 151 CPC, mais qu'il appartenait à la partie qui s'en prévalait d'alléguer et de prouver son impact concret (arrêt du Tribunal fédéral 5A_467/2020 du 7 septembre 2020 consid. 5.3).

3.1.2 Lors de la fixation de la contribution à l'entretien, le juge doit en principe tenir compte des revenus effectifs des époux. Il peut toutefois imputer à un époux un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement (ATF 137 III 118 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_651/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3.1). Un conjoint – y compris le créancier de l'entretien – peut se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. L'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible. Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont, en particulier, la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 et les références citées).

3.2.1 En l'espèce, tout d'abord l'appelant ne rend pas vraisemblable que les domaines de l'informatique et de la vente de matériel médical ont été effectivement impactés par la crise du Covid-19. Ensuite, il se contente d'alléguer une baisse de son revenu, sans produire aucune pièce (par exemple, bilan, fiche de salaire). Il ne fournit aucun élément concret sur l'évolution de ses revenus liée à l'augmentation de son taux d'activité chez F_____ SA, ou au développement de la société G_____ SA, élément pris en considération par le Tribunal des mesures protectrices. Il n'a pas non plus versé à la procédure des pièces recevables justifiant de recherches d'emploi soutenues mais infructueuses. Ainsi, il échoue à rendre vraisemblable que sa situation financière se serait substantiellement et durablement modifiée depuis le prononcé des mesures protectrices, respectivement de l'arrêt de la Cour du 25 janvier 2019.

3.2.2 L'appelant fait également grief au Tribunal d'avoir omis d'examiner la situation financière de l'intimée.

La recevabilité de ce grief est douteuse, l'appelant n'ayant pas allégué une modification de la situation financière de l'intimée devant le Tribunal à l'appui de sa requête en suppression de la contribution due à celle-ci.

Même s'il était recevable, le grief serait infondé. Tout d'abord, l'appelant n'avait pas remis en cause la décision du juge des mesures protectrices de ne pas imputer un revenu hypothétique à l'intimée, et il ne saurait s'en plaindre dans le cadre de la présente procédure, sauf à rendre vraisemblable que la situation se serait modifiée de manière notable et durable, ce qu'il n'a pas fait. Et tel n'est pas le cas. En effet, comme l'avait retenu le juge des mesures protectrices, il appartenait à l'intimée d'entamer une formation afin de maximiser ses chances de trouver un emploi dans un avenir raisonnable, avant qu'il ne puisse être envisagé de lui imputer un revenu hypothétique. Or celle-ci poursuit justement une formation de comptable qu'elle devrait achever dans quelques mois. Il appartiendra au juge du fond d'examiner à nouveau les conditions du droit à une contribution de l'intimée, à la lumière de

l'art. 125 CC et dans ce cadre, la possibilité de lui imputer un revenu hypothétique ou de tenir compte d'un revenu alors effectif.

Au vu des considérations qui précèdent, l'ordonnance attaquée sera confirmée.

4. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 800 fr., seront mis à la charge de l'appelant qui succombe, mais supportés provisoirement par l'Etat de Genève (art. 122 al. 1 let. b CPC), l'appelant étant au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Il ne sera pas alloué de dépens compte tenu de la nature familiale du litige (art. 107 al. 1 CPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/430/2021 rendue le 9 juin 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1649/2021–5.

Au fond :

Confirme l'ordonnance attaquée.

Déboute les parties de toutes autre conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge d'A_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD, Madame 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.

Valeur litigieuse égale ou supérieure à 30'000 fr.