REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16665/2021 **ACJC/379/2023**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 14 MARS 2023

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 12 août 2022, comparant par Me Andres PEREZ, avocat, DROITS EGAUX AVOCATS, avenue Vibert 9, 1227 Carouge (GE), en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié c/o Madame C_____, _____, intimé, comparant par Me Bernard NUZZO, avocat, DJAZIRI & NUZZO, rue Leschot 2, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 mars 2023.

EN FAIT

A. Par jugement du 12 août 2022, le Tribunal de première instance, a notamment dissous par le divorce le mariage contracté le _____ 2009 à Genève par les époux B_____ et A_____ (ch. 1 du dispositif) et, concernant l'entretien des enfants D_____, née le _____ 2011, et E_____, né le _____ 2014, fixé l'entretien convenable de D_____ à l'173 fr. 25 par mois, dont à déduire les allocations familiales en 300 fr. (ch. 5) et l'entretien convenable de E_____ à 956 fr. par mois jusqu'à l'âge de 10 ans révolus, puis à 1'156 fr. par mois, dont à déduire les allocations familiales en 300 (ch. 6), renoncé à mettre une contribution d'entretien en faveur de ses enfants à la charge de B_____, au vu de sa situation financière actuelle (ch. 7) et invité expressément B_____ à informer A_____ s'il retrouve un emploi, l'y condamnant en tant que de besoin (ch. 8).

B. **a.** Par acte expédié le 3 octobre 2022 à la Cour de justice, A_____ a formé appel contre ce jugement. Elle a conclu à l'annulation des ch. 7 et 8 de son dispositif et, cela fait, à ce que B_____ soit condamné à verser en ses mains, par mois et d'avance, allocations familiales déduites, les sommes de 873 fr. 25 à l'entretien de D_____ et de 656 fr. jusqu'à l'âge de dix ans puis 856 fr. à l'entretien de E_____.

b. B_____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement attaqué, avec suite de frais.

Il a produit des pièces nouvelles.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

d. Elles ont été informée par avis de la Cour du 9 janvier 2023 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. Les époux B_____, né le _____ 1979 à Genève (GE), originaire de Genève, et A_____, née A_____ le _____ 1979 à F_____ (Tunisie), de nationalité tunisienne, ont contracté mariage le _____ 2009 à Genève (GE).

Par contrat du 26 février 2009, les époux ont adopté le régime de la séparation de biens.

b. Deux enfants sont issus de cette union, soit :

- D_____, née le _____ 2011 à G_____ (GE) et
- E_____, né le _____ 2014 à G_____ (GE).

c.a Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale JTPI/8655/2017 du 29 juin 2017, rendu sur requête de A_____, le Tribunal a notamment attribué à A_____ la garde des enfants D_____ et E_____, réservé à B_____ un droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire entre les parties, le samedi de 14h à 18h, et de 10h à 18h une fois que le père disposerait d'un nouveau logement, dit que le montant de l'entretien convenable des enfants était fixé à 938 fr. 20 pour D_____ et à 1'290 fr. 40 pour E_____, allocations familiales non déduites, condamné B_____ à verser en mains de l'épouse, par mois et d'avance, la somme de 550 fr., allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de D_____, et de 850 fr. à celui de E_____.

c.b Le Tribunal avait notamment retenu que B_____ percevait une aide sociale de l'Hospice général d'un montant de 221 fr. 05. Cela étant, il n'avait pas démontré qu'il faisait tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour assumer son obligation d'entretien, notamment en prouvant qu'il recherchait assidument un nouvel emploi dans son domaine de formation ou dans un autre domaine afin de subvenir aux besoins de ses enfants. Agé de 37 ans, il n'avait allégué aucun problème de santé particulier. Il convenait ainsi de lui imputer un revenu hypothétique de 4'450 fr., conforme aux statistiques de l'Office fédéral de la statistique pour un vendeur dans le domaine du commerce de détail correspondant au profil de B_____ ainsi qu'au dernier salaire que ce dernier déclarait avoir perçu.

c.c B_____ a été incarcéré à la prison de H_____ à compter du 19 septembre 2017, puis à l'établissement [pénitentiaire] I_____ à compter du 4 janvier 2019, et enfin à l'établissement ouvert de J_____, dès le 14 avril 2021. La fin de la peine était prévue au 17 septembre 2023, mais avec une libération conditionnelle pouvant intervenir aux ⅔, soit le 16 septembre 2021.

Vu son incarcération, B_____ n'a pas été en mesure de réaliser le revenu hypothétique qui lui avait été imputé, et n'a pas versé les contributions dues sur mesures protectrices de l'union conjugale.

A_____ a cédé sa créance au Service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires (SCARPA) selon convention du 13 avril 2018.

Selon courrier du SCARPA du 6 avril 2021, l'arriéré de contribution s'élevait à 50'400 fr. pour la durée du mandat confié, ce qui a conduit le SCARPA à initier deux poursuites à concurrence de la somme précitée à l'encontre de B_____.

d. Par requête déposée au greffe du Tribunal de première instance le 30 août 2021, B_____ a formé une requête unilatérale en divorce. Il a principalement conclu, concernant les points encore litigieux en appel, à ce que le Tribunal fixe l'entretien convenable des enfants, dise qu'il n'est pas en mesure de s'acquitter d'une contribution d'entretien et l'en dispense.

e. B_____ a été libéré en septembre 2021.

f. Lors de l'audience de conciliation du 19 novembre 2021, B_____ a persisté dans ses conclusions.

A_____ s'est opposée à ce qu'il ne contribue pas à l'entretien des enfants.

g. Dans sa réponse du 31 janvier 2022, A_____ a notamment conclu à ce que le Tribunal condamne B_____ à verser en ses mains une somme de 1'000 fr., allocations familiales non comprises et versées en sus, pour l'entretien de sa fille D_____ et de 700 fr. pour son fils E_____ jusqu'à l'âge de 10 ans, puis de 1'000 fr. par la suite.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience du Tribunal du 24 juin 2022.

h. La situation personnelle et financière des parties est la suivante :

h.a B_____ est au bénéfice d'un CFC d'informaticien. Il a notamment travaillé entre 2010 et 2015 en qualité de vendeur technicien, pour un salaire mensuel net s'élevant en dernier lieu à 4'450 fr. Il a ensuite connu une période de deux ans de chômage avant d'arriver en fin de droit et d'être soutenu, dès 2017, par l'Hospice général.

Il a exposé que lors de son incarcération, il avait tenté de commencer par lui-même un brevet d'informaticien, mais n'avait pas terminé. En effet, il ne disposait pas en prison du matériel qui aurait été indispensable pour faire une telle formation (notamment l'accès Internet). Des formations dans le domaine de la boulangerie ou du nettoyage étaient proposées aux détenus, mais pas de l'informatique. Il avait accompli durant son incarcération quelques tâches destinées à occuper les journées des détenus, lui procurant une solde de 300 fr. par mois, intégralement dépensé pour l'achat de produits d'hygiène corporelle ou encore de chocolat. N'ayant aucun revenu depuis sa sortie de prison, il était soutenu financièrement par l'Hospice général depuis janvier 2022. Il était hébergé par sa mère, à qui il versait la moitié du montant du loyer, somme payée par l'Hospice sur présentation de justificatifs. Il espérait retrouver un emploi.

Le Tribunal a retenu que les charges de B_____ s'élevaient à 2'784 fr. et comprenaient 1'215 fr. de loyer, son hébergement chez sa mère ne pouvant être que provisoire, 299 fr. d'assurance-maladie, 70 fr. de faris de transports et 1'200 fr. de minimum vital OP.

h.b A_____ travaille comme animatrice dans le parascolaire pour le K_____. A un taux de 60%, son revenu mensuel net moyen était de 3531 fr.

Elle est au bénéfice de prestations complémentaires familiales en 744 fr. par mois ainsi que de subsides d'assurance-maladie en 504 fr. par mois, soit 102 fr. pour

chaque enfant et 300 fr. pour elle-même. Une subvention de logement lui est versée à hauteur de 708 fr. 35 par mois.

Elle suit une formation auprès de [la fondation] L_____ pour obtenir un brevet fédéral de conduite d'équipe. Cette formation devrait se terminer fin 2023. Elle pourrait alors augmenter son taux d'activité à 90%, ou chercher un emploi ailleurs.

Les charges de A_____ s'élèvent à 2'670 fr. 15 et comprennent 821 fr. de loyer (70% de 1'173 fr.), 197 fr. 45 d'assurance-maladie, 70 fr. de frais de transports, 231 fr. de frais de formation et 1'350 fr. de minimum vital OP.

h.c D_____ supporte des charges de 1'173 fr. comprenant 176 fr. de loyer (15% de 1'173 fr.), 172 fr. 25 d'assurance-maladie, 45 fr. de frais de transports, 180 fr. de cuisine scolaire et 600 fr. de minimum vital OP. Elle perçoit de allocations familiales en 300 fr.

h.d E_____ supporte des charges de 956 fr. comprenant 176 fr. de loyer (15% de 1'173 fr.), 155 fr. d'assurance-maladie, 45 fr. de frais de transports, 180 fr. de cuisine scolaire et 400 fr. de minimum vital OP. Il perçoit des allocations familiales en 300 fr.

i. Dans son jugement du 12 août 2022, le Tribunal a relevé qu'avec un revenu mensuel de 3'500 fr., A_____ couvrait ses propres charges de 2'670 fr.

Concernant B_____, le Tribunal a relevé que dans les faits, il n'avait jamais perçu le salaire hypothétique qui lui avait imputé par le juge des mesures protectrices. Il avait fait l'objet d'une condamnation pénale qui avait différentes conséquences quant à son employabilité: d'une part, il ne pouvait pas présenter un casier judiciaire vierge, soit un document usuellement demandé par les employeurs, notamment dans le domaine informatique. D'autre part, il avait un "trou" de quatre ans dans son *curriculum vitae* et cela faisait depuis 2015 à tout le moins qu'il n'avait plus véritablement travaillé. Enfin, il faisait l'objet de poursuites pour plusieurs dizaines de milliers de francs, de sorte qu'il ne pouvait pas fournir non plus un extrait de l'Office des poursuites à un employeur potentiel. La possibilité effective qu'il puisse retrouver rapidement un emploi faisait ainsi défaut. En outre, même à supposer qu'il retrouve un travail, encore faudrait-il que celui-ci soit suffisamment rémunéré pour qu'il puisse, en premier lieu, couvrir ses propres charges incompressibles en 2'784 fr. Il ne faisait donc aucun sens de persister à lui imputer le revenu hypothétique qu'il n'avait, depuis des années, en réalité jamais gagné. Le Tribunal l'a donc dispensé de contribuer à l'entretien des enfants.

EN DROIT

1. **1.1** Interjeté dans le délai utile de trente jours (art. 142 al. 1, 311 al. 1 CPC), suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), statuant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), l'appel est recevable.

1.2 La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne la contribution d'entretien due à des enfants mineurs en vertu du droit de la famille (art. 296 al. 1 et 3 CPC; ATF 147 III 301 consid. 2.2). La Cour n'est donc pas liée par les conclusions des parties, ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_841/2018, 5A_843/2018 du 12 février 2020 consid. 5.2).

1.3 La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Cependant, elle ne traite en principe que les griefs soulevés, à moins que les vices juridiques soient tout simplement évidents (arrêts du Tribunal fédéral 4A_258/2015 du 21 octobre 2015 consid. 2.4.3; 4A_290/2014 du 1er septembre 2014 consid. 3.1).

1.4 Les parties ont produit de nouvelles pièces.

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). Lorsque la cause concerne des enfants mineurs et que le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 147 III 301 précité, *ibidem*).

Les pièces nouvelles produites, en particulier des postulations effectuées par l'intimé depuis septembre 2021 par voie électronique au moyen de la plateforme jobup.ch et des réponses négatives reçues, étant susceptibles d'influer sur la capacité contributive de l'intimé, celles-ci sont recevables.

2. L'appelante conteste que l'intimé soit dispensé de verser une contribution à l'entretien des enfants au motif qu'un revenu hypothétique devrait lui être imputé.

2.1 A teneur de l'art. 276 CC (applicable par renvoi de l'art. 133 al. 1 ch. 4 CC), l'entretien de l'enfant est assuré par les soins, l'éducation et des prestations

pécuniaires (al. 1). Les père et mère contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (al. 2).

La contribution d'entretien due à l'enfant doit correspondre aux besoins de celui-ci 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 (art. 285 al. 1 CC).

S'agissant de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en particulier lorsque la situation financière est modeste, en sorte que les parents 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 147 III 265 consid. 7.4; 137 III 118 consid. 3.1). Il s'ensuit 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, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. 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 ses obligations à l'égard du mineur (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4a; arrêt 5A_679/2019 du 5 juillet 2021 consid. 14.2).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Il doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé, question qui relève du droit. Le juge doit ensuite établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2). En principe, l'on accorde à la partie qui se voit imputer un revenu hypothétique un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas particulier (ATF 129 III 417 consid. 2.2; 114 II 13 consid. 5; arrêt 5A_329/2019 du 25 octobre 2019 consid. 3.3.1.3 et les références).

2.2

2.2.1 En l'espèce, l'intimé n'a produit aucune recherche d'emploi devant le Tribunal. Devant la Cour, il a produit plusieurs postulations par voie électronique par le biais de la plateforme jobup.ch. De telles postulations peuvent être plus ou moins détaillées et le contenu des envois de l'intimé n'est pas connu, notamment

s'il a joint ou pas une lettre de motivation. Lesdites postulations électroniques, parfois deux dans la même minute ou trois en l'espace de deux minutes, ne permettent donc pas d'accréditer le sérieux des recherches effectuées. La plus grande partie de ces candidatures concernent le domaine de compétence de l'intimé. L'intimé n'a cependant pas véritablement élargi ses recherches à d'autres domaines, moins qualifiés et dans lesquels les exigences au regard de son passé judiciaire ou des poursuites dont il fait l'objet peuvent être moindres, dans lesquels il obtiendrait certes des revenus inférieurs mais qui lui pourraient néanmoins lui permettre de couvrir ses charges ainsi que celles des enfants. Enfin, certaines postulations ne paraissent pas pertinentes, telle la candidature à un poste de directeur à l'Université M_____, de Secrétaire général à la Commune de N_____ ou de Directeur de l'Association O_____. Il ne peut dès lors être retenu que l'intimé a fourni tous les efforts que l'on peut attendre de lui pour assumer ses obligation d'entretien.

Il convient dès lors d'examiner s'il est possible d'imputer un revenu hypothétique à l'intimé.

A cet égard, l'intimé est encore jeune et il est en bonne santé. Il dispose d'un CFC d'informaticien et a acquis une expérience dans un précédent emploi. Il ne peut par ailleurs être retenu que la condamnation pénale dont il a fait l'objet et son éloignement du marché du travail lui ferment nécessairement et définitivement les portes du marché de l'emploi. L'intimé a d'ailleurs déclaré devant le Tribunal qu'il espérait retrouver un emploi et n'a pas soutenu que les éléments précités étaient rédhibitoires. S'il est peut-être difficile pour l'intimé de trouver un emploi dans le domaine informatique, qui a largement évolué depuis la fin de son dernier emploi, il ne peut en revanche être retenu que l'accès au marché du travail lui est totalement fermé. Les conditions pour imputer un revenu hypothétique à l'intimé sont donc réunies.

Quant au montant dudit revenu, celui de 4'450 fr. imputé sur mesures protectrices, correspondant au dernier salaire perçu par l'intimé paraît excessif au vu de la situation actuelle de l'intimé. Il doit cependant être retenu qu'il peut être en mesure de percevoir à tout le moins, dans un premier temps en tout cas, un salaire correspondant au salaire minimum genevois, soit 4'160 fr. bruts par mois ou 3'550 fr. nets environ.

2.2.2 Le montant des charges de l'intimé, soit 2'784 fr. ainsi que celles des enfants, soit 873 fr. pour D_____ et 656 fr. pour E_____, après déductions des allocations familiales, ne sont pas contestés.

Après paiement de ses charges, l'intimé dispose d'un solde de 766 fr., qu'il lui revient de consacrer à l'entretien de ses enfants. L'entier de leurs charges ne peut être couvert, mais l'intimé est en mesure de verser, sans entamer son minimum

vital, un montant de 380 fr. à l'entretien de chacun des enfants, montant qu'il sera condamné à verser.

2.2.3 Le ch. 7 du dispositif du jugement attaqué sera dès lors annulé et il sera statué à nouveau dans le sens de ce qui précède.

3. La réformation partielle du jugement entrepris ne commande pas de revoir la décision du Tribunal, qui a réparti les frais judiciaires par moitié et laissé aux parties la charge de leurs propres dépens, ce qui ne fait l'objet d'aucun grief motivé en appel (art. 318 al. 3 CPC a contrario).

Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'250 fr. (art. 30 et 35 RTFMC) et mis à la charge des parties pour moitié chacune compte tenu de l'issue du litige et de la nature familiale de celui-ci (art. 105 al. 1, art. 107 al. 1 let. c CPC). Dès lors que les parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 2 CPC), les frais seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat de Genève lequel pourra en réclamer le remboursement ultérieurement aux conditions de l'art. 123 CPC.

Pour les mêmes motifs, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let c. CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/9398/2022 rendu le 12 août 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16665/2021-2.

Au fond :

Annule le ch. 7 du dispositif de ce jugement et, cela fait, statuant à nouveau :

Condamne B_____ à verser à A_____, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, à titre de contribution à l'entretien de chacun des enfants D_____ et E_____, la somme de 380 fr. jusqu'à leur majorité, voire au-delà en cas de formation professionnelle ou d'études sérieuses et régulières.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'250 fr. et les met à la charge des parties pour moitié chacune.

Dit que les frais judiciaires seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sandra CARRIER, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Sandra CARRIER

<u>Indication des voies de recours</u> :

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.