

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/19396/2012

ACJC/553/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 26 AVRIL 2013

Entre

A_____, domicilié _____ appelant d'un jugement rendu par la 13^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 novembre 2012, comparant par Me Razi Abderrahim, avocat, 2, Rond-Point de Plainpalais, case postale 171, 1211 Genève 4, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Stéphane Rey, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 2 mai 2013.

EN FAIT

A. Par acte expédié le 6 décembre 2012 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle du jugement du Tribunal de première instance du 27 novembre 2012, modifiant les chiffres 2 et 3 du jugement sur mesures protectrices du 2 novembre 2011 (ch. 1) en fixant le droit de visite du précité sur l'enfant C_____ à un week-end sur deux, du vendredi après l'école au lundi à l'école et à la moitié des vacances scolaires (ch. 2), et donnant acte au père de son engagement de contribuer à l'entretien de la famille à hauteur de 250 fr. par mois, dès le 1er décembre 2012 (ch. 3). Il demande la garde sur C_____, un droit de visite usuel étant réservé à B_____ qu'il souhaite voir contribuer à concurrence de 250 fr. par mois à l'entretien de leur fils. Subsidiairement, dans l'hypothèse où la garde à la mère serait confirmée, il demande à être libéré de toute obligation d'entretien et à ce que le droit de visite d'un week-end par mois s'étende du vendredi soir à 18h. au dimanche soir à 20h. et comprenne deux tiers des vacances scolaires.

B_____ conclut, principalement, au rejet de l'appel et, subsidiairement, à la rectification du chiffre 2 du jugement querellé en ce sens que le droit de visite sur C_____ s'exerce un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

Le mari conclut au rejet de l'appel joint.

L'effet suspensif a été accordé à l'appel.

B. Les faits suivants ressortent du dossier :

a. A_____, né le _____ 1977 à Mos, Portugal, de nationalité portugaise, et B_____, née le _____ 1987 à Manaus, Brésil, de nationalité brésilienne, ont contracté mariage le _____ 2008 à Lancy.

Ils sont les parents de C_____, né le _____ 2008 à Genève.

b. B_____ est également mère de D_____, née le _____ 2003, et de E_____, née à Frauenfeld le _____ 2012. A la suite de l'action en désaveu de paternité engagée par le mari, l'enfant a été reconnue par le compagnon de sa mère, F_____.

c. Les époux vivent séparés depuis septembre 2009.

d. Dans un premier jugement sur mesures protectrices, rendu le 27 avril 2010, la garde sur C_____ a été attribuée à sa mère, le père bénéficiant d'un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux et une nuit par semaine, ainsi que durant la

moitié des vacances scolaires. La contribution à l'entretien de la famille a été fixée à 250 fr. par mois, allocations familiales non comprises.

e. A la suite du déménagement de l'épouse en Thurgovie où habite son compagnon, le jugement précité a été modifié, par jugement du 2 novembre 2011, en ce sens que le droit de visite du père a été fixé à une semaine par mois et la moitié des vacances scolaires tant que C_____ n'était pas scolarisé et à un week-end par mois et deux tiers des vacances scolaires dès qu'il le serait. Par ailleurs, A_____ a été libéré du versement de la contribution à l'entretien de la famille, dès lors que ses indemnités de chômage avaient diminué.

f. Le 28 septembre 2012, le mari a sollicité une nouvelle modification du jugement sur mesures protectrices, arguant du fait que son épouse avait quitté le canton de Thurgovie et était revenue à Genève, dans l'attente de son départ de Suisse.

g. L'épouse a requis le divorce par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 8 octobre 2012.

h. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 19 novembre 2012 devant le juge des mesures protectrices, les parties se sont accordées sur le montant de la contribution d'entretien et l'étendue du droit de visite du père, tels que retenus dans le jugement querellé. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

i. Les parties sont toutes deux aidées par l'Hospice général.

Avant de percevoir des prestations de l'assurance chômage, qui ont pris fin en juin 2012, le mari a perçu des indemnités cantonales en cas d'accidents, fondées sur un gain assuré de 3'528 fr. par mois. Il allègue qu'il recherche un emploi lui permettant d'avoir un horaire régulier, compte tenu d'un problème de diabète et d'épilepsie. Ses charges mensuelles de 2'318 fr. comportent le loyer de 675 fr., la prime d'assurance maladie (subside déduit) de 373 fr., les frais de transports publics de 70 fr. ainsi que le montant de base LP de 1'200 fr.

L'épouse se consacre aux soins et à l'éducation de ses enfants et ne réalise ainsi pas de revenu. Elle n'a pas précisé le montant de son nouveau loyer. Sa prime d'assurance-maladie s'élève à 425 fr. 90 et celle de C_____ à 98 fr. 30 par mois.

C. En appel, le mari expose que son épouse lui a indiqué, le 26 novembre 2012, qu'elle entendait quitter le canton de Genève pour retourner s'établir en Thurgovie. Ce fait nouveau justifiait que le jugement soit annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision. L'instabilité de la mère entravait le bon développement de l'enfant, de sorte que la garde de celui-ci devait être confiée à son père. Par ailleurs, au vu des déplacements que devra effectuer l'appelant pour rendre visite à son fils, il devra utiliser ses faibles ressources pour couvrir ses frais

de voyage et ne sera plus en mesure de verser le montant proposé en première instance.

L'intimée reconnaît avoir, pour des raisons administratives, déménagé à nouveau dans le canton de Thurgovie, à Aadorf, où ses enfants sont désormais scolarisés. Elle attend le prononcé du divorce pour épouser son compagnon.

EN DROIT

1. Contre une décision en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, qui constitue une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC), la voie de l'appel, écrit et motivé (art. 309 a contrario et 311 al. 1 CPC), interjeté dans un délai de 10 jours (art. 271 let. a et 314 al. 1 CPC), est ouverte.

Formé selon la forme et dans le délai prescrits, l'appel principal est recevable.

1.1 L'art. 314 al. 2 CPC prohibant l'appel joint en procédure sommaire, la partie intimée qui n'a pas fait appel ne peut dès lors prendre des conclusions divergentes du jugement entrepris, sous peine d'irrecevabilité (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, n. 4 ad art. 314 CPC).

L'appel joint de l'intimée est dès lors irrecevable.

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

La procédure est soumise aux maximes inquisitoire et d'office illimitées, compte tenu de la présence d'enfants mineurs (art. 296 CPC). Par ailleurs, les mesures protectrices de l'union conjugale étant soumises à la procédure sommaire (art. 271 CPC), la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 1901 p. 349; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, 2009, p. 71).

1.3 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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'appliquent 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 (arrêts du Tribunal fédéral 4A_228/2012 du 28 août 2012 consid. 2.2, destiné à la publication; 4A_310/2012 du 1er octobre 2012 consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office, de sorte qu'aucune violation de l'art. 317 al. 1 CPC ne 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 s'appliquent n'a pas été tranchée. Dès lors, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, la Cour de céans persistera à admettre tous les novae (dans ce sens : TREZZINI, in *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC)*, COCCHI/TREZZINI/BENASCONI[éd.], 2011, p. 1394; TAPPY, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, in *JdT 2010 III* p. 115 ss, 139).

Au vu de ce qui précède, l'ensemble des pièces nouvelles produites en appel par les parties sont recevables.

1.4 Enfin, bien que les parties aient trouvé, en première instance, un accord sur l'étendue des relations personnelles et le montant de la contribution à l'entretien de leur fils, l'appelant est habilité à remettre ces points en cause en appel en raison des faits nouveaux survenus après l'audience de première instance, à savoir le déménagement de l'intimée en Thurgovie.

2. Le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale ne peut être modifié que si les circonstances de fait ont changé de manière essentielle et durable ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (art. 179 CC applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2.1).

2.1 Selon l'art. 273 al. 1 CC, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances.

Le droit de visite doit servir en premier lieu l'intérêt de l'enfant (ATF 127 III 295 consid. 4a). Pour apprécier ce qu'est le bien de l'enfant, le juge tiendra compte de manière équitable de l'ensemble des circonstances, notamment de l'âge de l'enfant, de sa santé physique et de la relation qu'il entretient avec l'ayant droit (MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 4ème éd., 2009, no 700, p. 407). La personnalité, la disponibilité, le lieu d'habitation et le cadre de vie du titulaire du droit seront également pris en considération, tout comme la situation du parent gardien (MEIER/STETTLER, *op. cit.*, no 701, p. 407).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du droit de visite (ATF 122 III 404, JdT 1998 I 46 consid. 3d). Sa décision doit avant tout être guidée par le bien de l'enfant (ATF 127 III 295 consid. 4).

2.2 En l'espèce, la modification requise des droits parentaux tels que fixés par le jugement sur mesures protectrices du 2 novembre 2011 était fondée sur le déménagement de l'intimée à Genève. Or, l'épouse ayant de nouveau quitté le canton pour s'établir en Thurgovie, les circonstances actuelles concordent avec celles prévalant lors du jugement, dont la modification est demandée. Il n'y a donc, pour ce motif déjà, pas lieu de modifier les droits parentaux précédemment fixés.

Par ailleurs, rien ne justifie de modifier l'attribution de la garde sur C_____ à sa mère. L'enfant a toujours vécu avec sa mère depuis la séparation des parties. La prétendue instabilité de cette dernière n'a trait qu'à son lieu de résidence. Or, il est manifeste qu'au vu du jeune âge de C_____, ses attaches sont bien plus fortes avec la personne de référence qu'est sa mère qu'avec un quartier ou un lieu d'habitation. Ainsi, l'intérêt de C_____, en particulier son besoin de stabilité, justifie que la garde demeure attribuée à sa mère.

Compte tenu de la distance qui sépare le domicile du père de celui de l'enfant - le trajet en train dure près de 3h³/₄ selon les informations figurant sur le site des CFF www.cff.ch - le jugement du 2 novembre 2011 avait arrêté le droit de visite à un week-end par mois et deux tiers des vacances scolaires. Cette solution paraît adéquate: elle tient dûment compte des déplacements que doit effectuer le père pour voir l'enfant. Dès lors qu'il ne peut lui être imposé de les effectuer deux fois par mois, tant au vu du temps de voyage que des frais qu'implique l'exercice du droit de visite (frais de transport, logement sur place), il est justifié d'accorder un laps de temps plus important pendant les vacances scolaires. Il n'y a ainsi pas lieu de modifier le jugement du 2 novembre 2011 sur ce point.

Le jugement attaqué doit donc être annulé en tant qu'il modifie le jugement du 2 novembre 2011 sur ce point.

3. Reste à examiner s'il y a lieu de modifier le montant de la contribution à l'entretien de la famille.

3.1 En vertu de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, à la requête d'un des conjoints, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (art. 163 CC; ATF 121 I 97 consid. 3b).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. L'une des méthodes considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec

répartition de l'excédent. Elle consiste à évaluer d'abord les ressources des époux, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP), élargi des dépenses incompressibles et à répartir le montant disponible restant à parts égales entre eux (ATF 126 III 8 consid. 3c).

Le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Il peut toutefois imputer à un époux un revenu hypothétique supérieur à celui effectivement obtenu. 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 (ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_99/2011 du 26 septembre 2011, consid. 7.4.1 publié in FamPra.ch 2012 228).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices. 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 consid. 4.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_487/2010 du 3 mars 2011 consid. 2.1.1).

3.2 En l'espèce, depuis le prononcé du jugement du 2 novembre 2011, les prestations de l'assurance chômage en faveur de l'appelant ont pris fin. Sa situation patrimoniale s'est donc modifiée, de sorte qu'il y a lieu d'examiner sa capacité contributive, en particulier comment celle-ci est susceptible d'évoluer.

L'appelant est jeune (35 ans) et ne semble pas disposer d'une formation. Il n'est pas contesté qu'il connaît des problèmes de santé (diabète, épilepsie). Cependant, aucun élément au dossier ne rend vraisemblable que ceux-ci entraveraient sa capacité de travail. Lors du jugement du 2 novembre 2011, l'appelant bénéficiait de prestations de l'assurance-chômage, ce qui permet de retenir qu'il remplissait ses obligations de recherches d'emploi. Depuis juin 2012, lesdites prestations ont pris fin. Au vu de son obligation d'entretien, notamment envers son fils mineur, il appartenait à l'appelant de redoubler d'efforts pour retrouver un emploi. Certes, l'appelant soutient procéder à des recherches d'emploi. Il ne produit toutefois aucune pièce rendant de telles démarches vraisemblables. Il ne précise pas non plus dans quels domaines il recherche un emploi ni n'allègue que le marché du travail serait saturé dans les secteurs qu'il vise. Il convient ainsi de retenir qu'il ne rend pas vraisemblable qu'il déploie tous les efforts que l'on peut exiger de lui pour trouver un emploi, de sorte qu'il y a lieu de lui imputer un revenu hypothétique. Au vu de son âge, de son absence de formation et de sa pleine capacité de travail, il y a lieu de lui imputer le revenu qu'il pourrait réaliser dans une activité simple et répétitive, ne nécessitant pas de formation.

De tels emplois se trouvent, notamment, dans les secteurs de la restauration, du nettoyage, de la conciergerie ou de la vente au détail, où il est notoire que le marché du travail n'est pas saturé. Selon la Convention collective applicable au

secteur de la restauration, l'appelant peut espérer un revenu brut d'environ 3'500 fr. par mois. Le même revenu minimum est prévu par la Convention collective du secteur de vente de détail non alimentaire. Un salaire plus élevé ressort de la Convention collective applicable aux concierges (4'700 brut) ainsi que du calculateur de salaire élaboré par l'Université de Genève, l'Office cantonal de la statistique et l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (disponible sur <http://cms/unige.ch/ses/lea/oue/projet/salaires/ogmt/index.php>), qui retient pour une activité de vendeur ne nécessitant pas de formation un revenu brut de 4'900 fr. Au vu de ces montants et du gain assuré de l'appelant de 3'538 fr., un revenu brut correspondant au minimum à ce montant lui sera imputé. Compte tenu des charges sociales d'environ 15%, le revenu net qu'il peut raisonnablement être exigé que l'appelant réalise se monte à 3'000 fr. environ par mois.

Après déduction de ses charges incompressibles de 2'318 fr., l'appelant disposerait ainsi d'une somme de plus de 700 fr. environ par mois. Ses frais liés à l'exercice du droit de visite peuvent être estimés à environ 200 fr. par mois, comportant les frais de déplacement (de 92 fr. aller-retour avec l'abonnement ½ tarif, cf. www.cff.ch), respectivement d'hébergement (deux nuitées estimées à 100 fr. environ). En fournissant les efforts que l'on peut exiger de lui, l'appelant serait ainsi en mesure de verser le montant de 250 fr. auquel il a été condamné dans le premier jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale et qu'il a au demeurant lui-même offert de payer lors de l'audience du mois de novembre 2012. Au vu de l'effet suspensif accordé à l'appel et de l'incertitude régnant pour l'appelant au sujet du montant de l'obligation d'entretien, celle-ci ne sera due qu'à partir du 1er mai 2013.

Le jugement sera ainsi modifié uniquement en ce sens que l'appelant sera condamné à verser la somme de 250 fr. à titre de contribution d'entretien à la famille, à compter du mois de mai 2013.

4. La Cour statue sur les frais judiciaires et les répartit d'office (art. 104 et 105 CPC). Ces frais sont en règle générale mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Toutefois, lorsque le litige relève du droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales sur la répartition des frais (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires de la présente décision sont fixés à 500 fr. (art. 96 CPC cum art. 30 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10). Vu la nature du litige, ils sont mis à la charge par moitié de chaque partie, qui garde à sa charge ses propres dépens. Les parties étant au bénéfice de l'assistance juridique, les frais judiciaires sont provisoirement supportés par l'Etat.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre les chiffres 1, 2 et 3 du jugement JTPI/17244/2012 rendu le 27 novembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/19396/2012-13.

Déclare l'appel joint formé par B_____ irrecevable.

Au fond :

Annule les chiffres 1, 2 et 3 du dispositif du jugement précité.

Et, statuant à nouveau :

Modifie le chiffre 3 du dispositif du jugement du 2 novembre 2011 JTPI/15775/2011.

Condamne A_____ à verser, à compter du 1er mai 2013, à B_____, par mois et d'avance, la somme de 250 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille, allocations familiales non comprises.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires à 500 fr., les met à la charge de chacune des parties par moitié et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Blaise PAGAN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

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 supérieure ou égale à 30'000 fr.