

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/19671/2014

ACJC/831/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 8 JUILLET 2015

Entre

Madame A_____, **née** _____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 février 2015, comparant par Me Cyril Aellen, avocat, rue du Rhône 61, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié c/o Mme C_____, _____, intimé, comparant par Me Timothée Bauer, avocat, avenue Krieg 44, case postale 45, 1211 Genève 17, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 09.07.2015.

EN FAIT

- A. Par jugement du 25 février 2015, notifié à A_____ le 3 mars 2015, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a autorisé les époux A_____ et B_____ à vivre séparés (chiffre 1 du dispositif), attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal (ch. 2) ainsi que la garde sur les enfants D_____, né le _____ 1997, E_____, né le _____ 2000 et F_____, né le _____ 2008 (ch. 3), réservé à B_____ un droit de visite s'exerçant, à défaut d'accord contraire entre les parties, d'entente entre les enfants et leur père s'agissant de D_____ et E_____ et à raison d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires s'agissant de F_____ (ch. 4), dit que B_____ était en l'état dispensé de contribuer à l'entretien de ses enfants (ch. 5), prononcé les mesures pour une durée indéterminée (ch. 6), arrêté les frais judiciaires à l'000 fr. et dit qu'ils étaient provisoirement supportés par l'Etat de Genève (ch. 7), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 8), condamné en tant que de besoin les parties à exécuter les dispositions du jugement (ch. 9) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10).

Concernant la contribution d'entretien, le Tribunal a retenu que B_____ se trouvait dans une situation transitoire liée à ses problèmes médicaux et à la perte de son emploi. Au moment où la cause avait été gardée à juger, il était en incapacité de travail complète, ne percevait plus d'indemnités-chômage ni perte de gain et n'avait pas encore entrepris de démarches en vue de l'obtention d'une rente AI. Compte tenu de son état de santé un revenu hypothétique ne pouvait pas lui être imputé pour le moment de sorte qu'il devait être dispensé de contribuer à l'entretien de ses enfants.

- B. a. Le 13 mars 2015, A_____ a formé appel de ce jugement, sollicitant, principalement, l'annulation du ch. 5 de celui-ci et la condamnation de son époux à lui verser, dès le 1^{er} mars 2014, une contribution mensuelle de 957 fr. 15 pour chacun de leurs trois enfants et une contribution de 666 fr. 60 pour son propre entretien, avec suite de frais et dépens.

Préalablement, elle a conclu à la production de pièces par B_____ et à l'octroi de l'effet suspensif à son appel.

Elle a produit des pièces nouvelles.

A_____ a fait valoir que son époux avait effectué un voyage à Londres en décembre 2014, puis des vacances en Thaïlande en février 2015 et qu'il avait prévu un autre voyage pour Pâques 2015. Il apparaissait souriant sur les photographies publiées par son amie sur facebook à l'occasion de ces voyages, étant souligné qu'il ressortait en outre de celles-ci qu'il avait offert à sa compagne un collier et un bracelet en perles en février 2015. Ces éléments contredisaient les

affirmations de B_____ selon lesquelles il était à l'assistance publique et en incapacité totale de travail pour cause de dépression.

b. Par arrêt du 30 mars 2015, la Cour a rejeté la requête de A_____ tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché au ch. 5 du jugement querellé.

c. Le 1er avril 2015, B_____ a conclu à la confirmation du jugement du 25 février 2015.

Il a produit des pièces nouvelles.

Il a fait valoir que les voyages mentionnés par son épouse avaient été financés par un bon qu'il avait gagné à un jeu, par sa mère, par sa compagne et par les enfants de celle-ci. Il était toujours en incapacité totale de travail et n'avait aucun revenu, hormis les subsides de l'Hospice général. A_____ avait renoncé devant le Tribunal à exiger une contribution pour son propre entretien, de sorte que ses conclusions en ce sens prises pour la première fois en appel étaient irrecevables.

d. Les parties ont été informées le 28 avril 2015 de ce que la cause était gardée à juger, A_____ ayant renoncé à répliquer.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, née le _____ 1970, et B_____, né le _____ 1967, se sont mariés à Genève le _____ 1997.

Trois enfants sont issus de cette union, soit D_____, né le _____ 1997 à Genève, E_____, né le _____ 2000 à Genève, et F_____, né le _____ 2008 à Genève.

Les époux se sont séparés en octobre 2013, date à laquelle B_____ a quitté le domicile familial.

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

b.a A_____ travaille à 60% pour la société G_____ et réalise à ce titre un salaire mensuel net de l'ordre de 2'400 fr. nets par mois. Elle a par ailleurs indiqué devant le Tribunal prodiguer des cours de gym pour un revenu de 300 fr. par mois mais avoir l'intention d'arrêter cette activité fin décembre 2014.

Elle perçoit des allocations familiales pour les enfants.

Ses charges, impôts non compris, ont été fixées à 2'945 fr. 25 par le Tribunal, sans que cela ne soit contesté par les parties, soit : 1'074 fr. 60 (60% du loyer), 450 fr. 65 (assurance-maladie), 70 fr. (TPG) et 1'350 fr. (montant de base OP).

Les charges retenues pour les enfants par le Tribunal sont quant à elles de 2'507 fr. 45 au total, à savoir : 716 fr. 40 (40% du loyer), 40 fr. 55 (assurance-maladie D_____), 14 fr. 15 (assurance-maladie E_____), 1 fr. 35 (assurance-maladie F_____), 3 x 45 fr. (TPG), 2 x 600 fr. (montant de base OP des deux aînés) et 400 fr. (montant de base OP de F_____).

b.b B_____ a travaillé comme comptable pour un salaire mensuel net de 10'085 fr., auquel s'ajoutait une prime mensuelle de l'ordre de 1'000 fr. Il a perdu son emploi en octobre 2013.

Il souffre de dépression et est en arrêt de travail, complet ou partiel, depuis fin 2012. Il a ainsi notamment été en arrêt à 50% en mars 2014, à 100% en avril 2014, à 50% en octobre 2014 et à 100% depuis novembre 2014.

B_____ a perçu des indemnités journalières de l'assurance perte de gains de son employeur. En juillet 2014, il s'est inscrit au chômage et a touché des indemnités en cas d'incapacité de travail de 14'794 fr. 50 pour la période allant de juillet à octobre 2014, soit 3'698 fr. 60 en moyenne par mois. L'Office cantonal de l'emploi lui a fait savoir, par courrier du 21 novembre 2014, qu'il n'avait plus droit aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail dès le 31 octobre 2014, et ce pour toute la durée de son incapacité de travail, dès lors que les causes de celles-ci étaient intervenues avant son affiliation à l'assurance.

B_____ a par ailleurs perçu une rente d'invalidité pour les mois de février à septembre 2014 d'un montant mensuel de 2'340 fr., ainsi que des rentes complémentaires pour D_____, E_____ et F_____ de 936 fr. par enfant et par mois, lesquelles, à teneur de la pièce produite à cet égard, paraissent avoir été versées à A_____.

Il émarge depuis novembre 2014 à l'assistance publique.

Le 21 janvier 2015, son psychiatre a requis de l'Assurance-invalidité une révision de sa situation au motif qu'il présentait depuis le 1^{er} octobre 2014 une rechute de son état dépressif avec aggravation de son état, ce qui avait nécessité une hospitalisation en clinique du 2 au 16 décembre 2014. Sa capacité de travail était nulle pour une durée indéterminée.

B_____ vit avec sa nouvelle compagne, C_____.

Ses charges, impôts non compris, retenues par le Tribunal et non contestées en appel, sont de 2'340 fr. 65, soit 1'000 fr. de loyer, 420 fr. 65 d'assurance-maladie, 70 fr. de TPG et 850 fr. de montant de base OP.

c. Par acte déposé au Tribunal de première instance le 30 septembre 2014, A_____ a formé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, assortie d'une requête de mesures superprovisionnelles.

Au fond, elle a conclu à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que la garde sur les enfants, réserve à son époux un droit de visite et condamne celui-ci à lui verser, à titre de contribution mensuelle à l'entretien de la famille, la somme de 2'000 fr. pour les mois de mars à juin 2014, puis de 3'932 fr. dès le 1^{er} juillet 2014.

Par ordonnance du 1^{er} octobre 2014, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a condamné B_____ à verser en mains de son épouse, à titre de contribution à l'entretien de sa famille, par mois et d'avance, allocations familiales et d'études non comprises, la somme de 2'900 fr.

d. Lors de l'audience du 26 novembre 2014 devant le Tribunal, A_____ a persisté dans les termes de sa requête. Elle a précisé ne pas solliciter de contribution à son propre entretien, mais uniquement à celui des enfants.

B_____ a pour sa part indiqué qu'il ne pouvait pas verser la contribution requise par son épouse.

e. La cause a été gardée à juger par le Tribunal le 15 décembre 2014.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les jugements de mesures protectrices - qui doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC - dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les jugements de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai d'introduction de l'appel est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appel a été introduit en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 311 al. 1 CPC) et porte sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr.

Il est donc recevable.

1.2 Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC) sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. La cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit. Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêts du Tribunal fédéral 5A_48/2013 et 5A_55/2013 du 19 juillet 2013 consid. 2.2).

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Dans la mesure où le litige concerne des enfants mineurs, les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables (art. 296 al. 1 et 3 CPC). Bien que les

moyens de preuve ne soient pas restreints aux seuls titres, l'administration des moyens de preuve doit pouvoir intervenir immédiatement (art. 254 al. 2 let. c CPC).

1.3 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 la diligence requise (let. b).

Dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, où les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous les novas (dans ce sens : TREZZINI, in Commentario al Codice di 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 p. 115 ss, 139).

Les pièces nouvelles produites par les parties devant la Cour sont ainsi recevables. Les pièces sollicitées par l'appelante dans son acte d'appel ont été fournies par l'intimé avec sa réponse, de sorte que la cause est en état d'être jugée.

2. L'appelante ne conteste pas les montants retenus par le Tribunal à titre de charges pour les parties ou les enfants. Elle fait cependant valoir que B_____ a plus de revenus qu'il ne le prétend car son train de vie ne correspond pas à ses déclarations. En tout état de cause, un revenu hypothétique devait lui être imputé.

2.1

2.1.1 Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 consid. 3b p. 100; 118 II 376 consid. 20b p. 378). Le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (art. 163 al. 2 CC), l'art. 163 CC demeurant en effet la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux (ATF 137 III 385 consid. 3.1p. 386 s.). Le juge doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Si la situation financière des époux le permet encore, le standard de vie antérieur, choisi d'un commun accord, doit être maintenu pour les deux parties. Quand il n'est pas possible de conserver ce niveau de vie, les époux ont droit à un train de vie semblable (ATF 119 II 314 consid. 4b/aa p. 318; arrêt 5A_710/2009 consid. 4.1, non publié aux ATF 136 III 257).

La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien (ATF 128 III 411 consid. 3.2.2.); sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui jouit d'un large pouvoir d'appréciation et applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 127 III 136 consid. 3a; 120 II 285 consid. 3b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_507/2007 du 23 avril 2008 consid. 5.1).

2.1.2 En tant que des enfants mineurs sont concernés, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC).

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 (art. 276 al. 2 CC). 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. Les enfants ont le droit de recevoir une éducation et de bénéficier d'un niveau de vie qui corresponde à la situation des parents.

L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 135 III 66 consid. 2; 123 III 1 consid. 3b/bb et consid. 5 in fine). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci 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 137 III 118 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_513/2012 du 17 octobre 2012 consid. 4). 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 128 III 4 consid. 4a; arrêts 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.1; 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 publié in: FamPra.ch 2012 p. 228).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de l'époux concerné qu'il exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, compte tenu, notamment, de sa formation, de son âge et de son état de santé (arrêts du Tribunal fédéral 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604 mais publié in: FamPra.ch 2012 p. 228; 5A_18/2011 du 1er juin 2011 consid. 3.1.1 et 5A_290/2010 et 5A_342/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1 publié in: SJ 2011 I p. 177). Le juge doit ensuite examiner 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 (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4c/bb; arrêts précités 5A_99/2011 consid. 7.4.1; 5A_18/2011 consid. 3.1.1).

2.2 En l'espèce, les déclarations de l'intimé concernant le financement par sa mère et les enfants de sa compagne de son séjour à Londres sont corroborées par les pièces produites, à savoir les cartes de vœux qu'il a reçues à cette occasion. L'intimé a également produit une copie du bon cadeau qui a servi à financer ses vacances en Thaïlande.

Le fait que l'intimé apparaisse souriant sur les photos prises à l'occasion de ces vacances n'est pas déterminant à lui seul, dans la mesure où son incapacité de travail est établie par certificats médicaux.

Enfin, l'examen du relevé de compte bancaire de l'intimé corrobore les indications résultant des autres pièces produites et les déclarations qu'il a faites selon lesquelles il n'a, actuellement, pas d'autre source de revenu que les subsides de l'Hospice général et l'aide de ses proches.

L'appelante n'a ainsi pas rendu vraisemblable que l'intimé dispose actuellement de revenus plus élevés que ce qui a été retenu par le Tribunal.

Il reste à examiner la question de savoir si un revenu hypothétique peut lui être imputé.

A cet égard, il convient de relever que l'intimé est en incapacité de travail depuis fin 2012, soit depuis environ 2 ans et demi. Selon le dernier certificat médical fourni, datant de janvier 2015, sa capacité de travail est nulle, pour une durée indéterminée.

L'incapacité de travail complète de l'intimé est ainsi rendue vraisemblable par les pièces produites. Compte tenu de son état de santé, l'on ne peut pas raisonnablement retenir qu'il est capable, dans l'immédiat, de reprendre une activité lucrative.

C'est par conséquent à juste titre que le Tribunal a considéré que l'intimé n'avait, en l'état, pas de capacité contributive et qu'il devait être dispensé de contribuer à l'entretien de sa famille.

La situation pourra, cas échéant, être réexaminée dès que l'intimé aura retrouvé un travail.

Par ailleurs, en application de l'art. 285 al. 2 bis CC, dans l'hypothèse où des rentes AI étaient à l'avenir allouées à l'intimé pour l'entretien des enfants des parties, les montants dus devront être versés à ceux-ci.

Compte tenu de ce qui précède, le jugement entrepris doit être confirmé.

3. Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 al. 1 CPC). Le tribunal peut toutefois s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 30 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe. Dans la mesure où celle-ci est au bénéfice de l'assistance judiciaire, ils seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève (art. 122 CPC) qui pourra en réclamer le remboursement ultérieurement si les conditions posées par l'art. 123 CPC sont réalisées.

Compte tenu de la nature familiale du litige, chacune des parties 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/2469/2015 rendu le 25 février 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/19671/2014-9.

Au fond :

Confirme le jugement querellé.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

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.