

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21076/2015

ACJC/1185/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 9 SEPTEMBRE 2016

Entre

A_____, domicilié _____ (France), appelant d'une ordonnance rendue par la 18ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 mai 2016, comparant par Me Bernard Nuzzo, avocat, rue Leschet 2, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Yves Magnin, avocat, rue de la Rôtisserie 2, case postale 3809, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 septembre 2016.

EN FAIT

- A. Par ordonnance OTPI/262/2016 du 26 mai 2016, reçue le 30 mai 2016 par A_____, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a attribué la garde des enfants C_____ et D_____ à B_____ (ch. 1 du dispositif), fixé en faveur de A_____ un droit de visite sur les enfants C_____ et D_____ s'exerçant chaque semaine les mercredis dès la sortie de l'école jusqu'à 18h00 (retour au domicile de la mère) et les samedis de 11h00 à 18h00 (retour au domicile de la mère) (ch. 2), dit que le droit de visite de A_____ ne s'exercera pas au domicile de sa compagne E_____ ni en présence du fils de cette dernière sous peine de l'application de l'article 292 CP (ch. 3), condamné A_____ à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 900 fr. à titre de contribution d'entretien à la famille (ch. 4), dit que l'ordonnance déploiera ses effets jusqu'à droit jugé au fond (ch. 5), réservé le sort des frais judiciaires dans la décision au fond (ch. 6), dit qu'il n'est pas alloué de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

En substance, s'agissant du seul point litigieux en appel, le Tribunal a retenu que A_____ n'exerçait plus d'activité professionnelle depuis plusieurs années. Au vu de son âge et de sa santé, il était parfaitement capable de trouver un emploi en faisant preuve de bonne volonté et en fournissant l'effort qui pouvait être attendu de lui, de sorte qu'un revenu hypothétique de 3'800 fr., correspondant au salaire mensuel constant d'un menuisier à Genève sans qualification, devait lui être imputé.

Le Tribunal a retenu pour A_____ des charges totales de 2'900 fr. (minimum vital : 1'200 fr.; loyer hypothétique : 1'200 fr.; primes d'assurance-maladie : 500 fr.), soit un disponible de 900 fr.

Au vu de la situation financière de B_____, complètement dépendante de l'aide de l'Hospice général, la contribution d'entretien pour la famille a été fixée à l'entier du solde disponible de A_____.

- B. a. Par acte déposé le 8 juin 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de ce jugement, dont il sollicite l'annulation du chiffre 4 du dispositif, concluant à ce qu'il soit dit et constaté qu'il n'aura pas à payer de contribution à l'entretien de son épouse ou de ses enfants, avec suite de frais et dépens, et au déboutement de B_____ de toutes autres conclusions.

A l'appui de ses conclusions, A_____ a déposé de nouvelles pièces.

b. Par réponse déposée le 17 juin 2016 au greffe de la Cour de justice, B_____ conclut au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais judiciaires et dépens.

Elle a déposé de nouvelles pièces.

c. Par arrêt présidentiel du 24 juin 2016, la Cour a admis la requête de A_____ tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché au chiffre 4 du dispositif de l'ordonnance OTPI/262/2016 rendue le 26 mai 2016 par le Tribunal de première instance dans la procédure C/21076/2015 et dit qu'il sera statué sur les frais et dépens de la décision avec celle sur le fond.

d. A_____ ayant renoncé à répliquer, les parties ont été avisées le 27 juin 2016 par le greffe de la Cour de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure :

a. A_____, né en 1973, ressortissant français, et B_____, née en 1977, de nationalité mauricienne, se sont mariés en 2006 à _____ (France).

Ils n'ont pas conclu de contrat de mariage.

Deux enfants jumelles sont issues de cette union, soit C_____ et D_____, nées le en 2006 à Genève.

b. Par requête unilatérale en divorce expédiée le 13 octobre 2015 au greffe du Tribunal de première instance, A_____ a notamment conclu à ce qu'il soit dit qu'aucune contribution n'est due entre les époux ni en faveur des enfants C_____ et D_____ par l'un ou l'autre des parents, étant donné la garde alternée.

c. Par requête de mesures provisionnelles du 22 janvier 2016, B_____ a conclu, s'agissant du point encore litigieux en appel, à la condamnation de A_____ à lui verser, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, une contribution de 850 fr. par enfant, ainsi qu'à lui verser, par mois et d'avance, une contribution à son propre entretien de 1'000 fr.

d. Lors de l'audience du 21 avril 2016, les parties ont trouvé un accord, sur mesures provisionnelles, s'agissant de l'attribution du droit de garde à B_____ et du droit de visite de A_____ sur les deux enfants du couple, s'exerçant chaque semaine les mercredis dès la sortie de l'école jusqu'à 18h00 (retour au domicile de Madame) et les samedis de 11h00 à 18h00 (retour au domicile de Madame), A_____ s'engageant à ne pas exercer son droit de visite au domicile de sa compagne E_____, ni en présence du fils de cette dernière sous peine de l'application de l'article 292 CP.

B_____ a persisté dans ses conclusions en paiement d'une contribution d'entretien pour elle et les enfants. A_____ s'y est opposé.

La cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles à l'issue de l'audience.

D. La situation financière des parties se présente comme suit :

a. B_____ est entièrement soutenue par l'Hospice général, lequel prend en charge son entretien de base et celui des enfants à hauteur de 1'818 fr. par mois, le loyer ainsi que l'assurance-maladie pour elle-même et les enfants, sous déduction des subsides.

Elle perçoit une allocation de logement d'un montant mensuel de 416 fr. 65, lequel est déduit des charges retenues par l'Hospice général.

Au vu de ses problèmes de santé, cette dernière entend déposer prochainement une demande de rente d'invalidité.

b. A_____ est titulaire d'un CFC de menuisier.

Il a allégué, sans le démontrer, avoir eu un emploi intérimaire de menuisier jusqu'en 2011, ainsi qu'à une reprise en 2012, lui ayant procuré un revenu de l'ordre de 4'300 fr. à 4'500 fr. par mois. Depuis cette dernière date, il dit ne plus avoir trouvé de travail dans cette branche. Il est inscrit auprès de l'agence F_____ à Genève, mais n'a pas reçu d'offre d'emploi.

Depuis le 8 septembre 2014, A_____ est inscrit auprès de Pôle emploi, en France, mais sa demande d'allocation a été refusée au motif qu'il ne justifiait pas d'une durée d'affiliation ou de travail suffisante. Celui qui s'inscrit à Pôle emploi accepte l'obligation de faire des actes positifs et répétés de recherche d'emploi et de les justifier en cas de contrôle.

Il est également inscrit auprès de l'agence G_____.

Il dit faire régulièrement des offres d'emploi dans son domaine de compétence, seules celles des 26 et 29 avril 2016 étant documentées, mais sans succès.

A_____ a déclaré, lors de l'audience du 21 avril 2016, disposer de revenus provenant de son activité musicale de moins de 100 € par an et être exonéré d'impôt en France.

Il touche le Revenu de Solidarité Active (RSA) de 461 € par mois, ce qui implique la désignation d'un référent, avec lequel décider des démarches à entreprendre pour rechercher un emploi, créer sa propre activité et/ou favoriser une insertion sociale ou professionnelle.

EN DROIT

1. **1.1** Les jugements sur mesures provisionnelles sont susceptibles d'un appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, étant pécuniaire, sa valeur litigieuse atteint 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b CPC). Si la durée des revenus et prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué du montant annuel du revenu ou de la prestation multiplié par vingt (art. 92 al. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte exclusivement sur la contribution à l'entretien de la famille, soit une contestation de nature pécuniaire, dont la valeur capitalisée est supérieure à 10'000 fr., compte tenu des montants litigieux devant le premier juge.

1.2 L'appel a été interjeté dans le délai de dix jours (art. 142, 143 et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrits par la loi (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC), de sorte qu'il est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Toutefois, les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire, sa cognition 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 JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_392/2014 du 20 août 2014 consid. 1.5).

S'agissant du sort des enfants mineurs, les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent (art. 296 al. 3 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense cependant 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; arrêt 5A_808/2012 du 29 août 2013 consid. 4.3.2).

La maxime de disposition reste applicable s'agissant de la contribution d'entretien due entre époux (ATF 129 III 417 précité; arrêt du Tribunal fédéral 5A_421/2015 du 21 janvier 2016 consid. 6.2.3).

3. L'appelant a produit des pièces nouvelles à l'appui de son écriture.

3.1 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).

Selon la jurisprudence de la Cour, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, tous les nova sont admis en appel (cf. également TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, p. 139).

3.2 En l'espèce, les pièces versées par l'appelant devant la Cour permettent de déterminer sa situation personnelle et financière et comportent les données nécessaires pour statuer sur la quotité des aliments à verser par celui-ci pour l'entretien de la famille, dont deux enfants mineurs. Les documents concernés ainsi que les éléments de faits qu'ils comportent seront donc pris en considération.

- 4.** L'appelant fait grief au premier juge de lui avoir imputé un revenu hypothétique, et critique en conséquence le montant de la contribution d'entretien mise à sa charge.

4.1 Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC - applicable par analogie aux mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 2e phrase CPC) - se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux.

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur. 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. Le juge doit ainsi 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; il s'agit d'une question de 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 (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1008/2015 du 21 avril 2016 consid. 3.3.2). Si le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement lui accorder un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation (ATF 129 III 417 consid. 2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1008/2015 du 21 avril 2016 consid. 3.3.2).

Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. Le juge civil n'est en effet pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives en matière de chômage ou d'assistance sociale. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales. C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des

recherches pour retrouver un emploi (ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_929/2014 du 12 mars 2015 consid. 5 et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, c'est à bon droit que le premier juge a imputé un revenu hypothétique à l'appelant. En effet, celui-ci n'a produit aucun document permettant d'évaluer correctement sa situation financière, indice qu'il cache des revenus. Même à supposer qu'il ne réalise aucun revenu, il n'a pas rendu vraisemblable qu'il a fait tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour trouver un emploi. Les seules offres produites datent des 26 et 29 avril 2016, soit quelques jours après l'audience devant le Tribunal et n'ont ainsi été faites que sous la pression de la présente procédure.

S'il est prévu que les bénéficiaires du RSA bénéficient d'un accompagnement pour leur recherche d'emploi, rien n'indique qu'à défaut de recherches régulières et sérieuses, ils seraient privés d'allocations. L'appelant n'a pas droit aux allocations de Pôle emploi. Le non-respect de l'obligation faite d'actes positifs de recherches d'emplois est donc sans conséquence pour lui, de sorte que sa seule inscription à cet organisme ne permet pas de considérer, même au stade de la seule vraisemblance, qu'il fait tout ce qui est en son possible pour trouver un travail.

Le jugement querellé sera en conséquence confirmé.

4.3 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 1'000 fr. (art. 31 et 37 du Règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière civile, [RTFMC - E 1 05.10]) et mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC).

L'appelant étant au bénéfice de l'assistance juridique, les frais judiciaires seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève, lequel pourra en réclamer le remboursement ultérieurement (art. 122 al. 1 let. b et 123 CPC; art. 19 du Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale [RAJ - RS/GE E 2 05.04]).

Enfin, les parties conserveront à leur charge leurs propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

- 5.** Le présent arrêt, qui statue sur mesures provisionnelles, est susceptible d'un recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 juin 2016 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/262/2016 rendue le 26 mai 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21076/2015-18.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr. et les met à la charge de A_____.

Dit que ces frais à la charge de A_____ sont provisoirement supportés par l'État de Genève.

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

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Marie NIERMARÉCHAL, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Marie NIERMARÉCHAL

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.